

## **Universidad Empresarial Siglo 21**

**Facultad:** Derecho y Ciencias Sociales.

**Carrera:** Abogacía.

### **Tesis de Graduación**

**Título del Trabajo:** Análisis de la inconstitucionalidad de la Ley Nacional 22.278 Régimen Penal de Menores. La justicia Penal Juvenil en la Provincia de Buenos Aires.

**Autor:** Chenlo, Mariela Alejandra

**Número de Legajo:** VABG50179

**Tutor Virtual:** Dr.Matías Parmigiani

**Tutora:** Prof. María Belén Gulli - Prof. Florencia Tiezzi

**Año de Presentación:** 19/10/2018

**Área:** Derecho Público, Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Derecho Penal, Derecho Procesal Penal.

**Tema:** Régimen Penal de la Minoridad

**Título:** “Análisis de la Inconstitucionalidad de la Ley Nacional 22.278 Régimen Penal de Menores.” La justicia Penal Juvenil en la Provincia de Buenos Aires.

**Problema:** Inconstitucionalidad de la Ley 22.278 Régimen Penal de Menores.

**Hipótesis:** *“La Ley 22.278 en el actual régimen penal de minoridad se basa en un conjunto de prescripciones jurídicas violatorias de los arts. 16, 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y de la Convención de los Derechos del Niño, tratando al Niño, Niña y Adolescente como un objeto de derecho y no como un sujeto de Derecho en el Régimen Penal Juvenil.”*

**Objetivos Generales:** Demostrar la inconstitucionalidad y la vulneración de la CDN por la Ley 22.278.

**Objetivos Específicos:** Fundamentar la necesidad de una reforma legislativa que se encuentre bajo el sistema de promoción y protección de los Derechos del Niño Niña y Adolescente, conforme a la Constitución Nacional y a la

CDN.

**Metodología:** Para la realización de este trabajo realizaremos una investigación documental. Analizaremos la Ley 22.278, Constitución Nacional y la CDN, analizaremos los aportes doctrinarios en la temática a estudiar y los pronunciamientos jurisprudenciales respecto a lo tratado a lo largo de este trabajo.

**Medios y Recursos:** Legislación Argentina Ley 22.278, Constitución Nacional y Convención de los Derechos del Niño, Jurisprudencia de CIDH, CSJ y CCCN. Doctrina abordada desde: manuales, tratados, libros especiales en la temática, revistas jurídicas, jornadas de derecho Penal, conclusiones de congresos y ponencias.

## **RESUMEN:**

En la Investigación, se abordará el análisis del cambio de paradigma normativo y el ajuste del articulado de la Ley Nacional 22.278 a la Convención de los Derechos del Niño. Asimismo se analizará el régimen de promoción y Protección de los Derechos del niño, Niña y Adolescente en la Provincia de Buenos Aires.

La hipótesis que exponemos es la siguiente:

La Ley 22.278 en el actual régimen penal de minoridad se basa en un conjunto de prescripciones jurídicas violatorias de los arts. 16, 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y de la Convención de los Derechos del Niño, tratando al Niño, Niña y Adolescente como un objeto de derecho y no como un sujeto de Derecho en el Régimen Penal Juvenil.

Sera necesario para responder a esta hipótesis de trabajo adentrarnos en los antecedentes históricos, de las tres normativas analizadas, indagar algunos conceptos como el de Inconstitucionalidad y el de control de convencionalidad, como también el cambio de paradigma de las dos normativas analizadas. También será analizado el articulado de la Ley 22.278 a la luz de las garantías constitucionales y la Convención de los Derechos del Niño.

Luego del estudio minucioso de estas normas desde el punto de vista histórico y normativo, arribaremos en cada capítulo a conclusiones parciales.

Finalmente realizaremos una propuesta de reforma legislativa y arribaremos a una conclusión general que responda a partir de los antecedentes analizados en los capítulos del presente trabajo, a la hipótesis planteada.

**Palabras Claves:** Ley 22.278, Inconstitucionalidad, Régimen Penal Juvenil, Niña, Niño y Adolescente, Control de convencionalidad.

## **ABSTRAC:**

In the Investigation, the analysis of the change of normative paradigm and the adjustment of the articles of the National Law 22.278 to the Convention of the Rights of the Child will be addressed. Likewise, the regime for the promotion and protection of the rights of children and adolescents in the Province of Buenos Aires will be analyzed.

The hypothesis that we expose is the following one: "Law 22.278 in the current penal regime of minority is based on a set of legal prescriptions that violate the arts. 16, 18, 19 and 75 inc. 22 of the National Constitution and the Convention on the Rights of the Child, treating the Child and Adolescent as an object of law and not as a subject of Law in the Juvenile Criminal Regime. "

It will be necessary to respond to this working hypothesis to delve into the historical background of the three regulations analyzed, to investigate some concepts such as unconstitutionality and conventionality control, as well as the paradigm shift of the two regulations analyzed. The articles of Law 22.278 will also be analyzed in light of the constitutional guarantees and the Convention on the Rights of the Child.

After the minor study of these norms from the historical and normative point of view, we will arrive in partial conclusions in each chapter.

Finally, we will make a proposal for legislative reform and we will arrive at a general conclusion that responds to the hypothesis raised from the background analyzed in the chapters of this paper.

Keywords: Law 22,278, Unconstitutionality, Juvenile Penal Regime, Girl, Boy and Adolescent, Conventionality Control.

## **INDICE**

<b>INTRODUCCION.....</b>	<b>8</b>
<b>CAPITULO 1.....</b>	<b>11</b>
<b>1. La Convención de los Derechos Del Niño</b>	
<b>1.1. Sus antecedentes históricos.....</b>	<b>11</b>
<b>1.2 El cambio de Paradigma.....</b>	<b>17</b>
<b>1.3 La Incorporación de la Convención de los Derechos del Niño al Derecho Argentino.....</b>	<b>21</b>
<b>1.4. La Promoción y protección de los Derechos del Niño en el ámbito Provincial.....</b>	<b>25</b>
<b>1.4.1 La adecuación de la normativa provincial a la Convención de los Derechos del Niño.....</b>	<b>26</b>
<b>1.4.2 Esquema Institucional en la Provincia de Buenos Aires.....</b>	<b>31</b>
<b>1.4.3 El Servicio Local.....</b>	<b>33</b>
<b>Conclusiones Parciales:.....</b>	<b>39</b>
<b>CAPITULO 2.....</b>	<b>40</b>
<b>2. La Ley Nacional 22.278. El régimen penal de la Minoridad.....</b>	<b>40</b>
<b>2.1. Los antecedentes históricos.....</b>	<b>40</b>
<b>2.2. El paradigma del menor como objeto de Derecho. Crítica.....</b>	<b>45</b>
<b>2.3. El control de convencionalidad y constitucionalidad de la legislación Interna.....</b>	<b>47</b>
<b>2.4. El análisis del articulado de la Ley 22.278 a la luz del nuevo paradigma.....</b>	<b>52</b>
<b>Conclusiones Parciales:.....</b>	<b>85</b>
<b>CAPITULO 3.....</b>	<b>86</b>
<b>3. La inconstitucionalidad de la Ley Nacional 22.278.....</b>	<b>86</b>

<b>3.1 La noción de inconstitucionalidad.....</b>	<b>86</b>
<b>3.2 La vulneración del bloque de constitucionalidad.....</b>	<b>95</b>
<b>3.3 La Propuesta de reforma legislativa.....</b>	<b>102</b>
<b>Conclusiones parciales.....</b>	<b>105</b>
<b>Conclusiones Finales:.....</b>	<b>106</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>107</b>

# **Análisis de la Inconstitucionalidad de la Ley Nacional 22.278 Régimen Penal de Menores. La justicia Penal Juvenil en la Provincia de Buenos Aires.**

*“Es esto la vida real?  
Es esto simplemente fantasía?  
Atrapado en un derrumbamiento  
No hay escape de la realidad  
Abre tus ojos  
Mira los cielos y observa  
Solo soy un pobre chico  
No necesito compasión  
Porque soy un va y viene...  
Mamá acabo de matar a un hombre”  
Freddie Mercury (1975). Rapsodia Bohemia.*

## **INTRODUCCION**

En esta Investigación, se abordará el análisis del cambio de paradigma normativo y el ajuste del articulado de la Ley Nacional 22.278 a la Convención de los Derechos del Niño. Asimismo se analizará el régimen de promoción y protección de los derechos del Niño, Niña y Adolescente (NNA) en la Provincia de Buenos Aires.

A partir de la incorporación con jerarquía constitucional de la Convención de los Derechos del Niño, (en adelante CDN), en nuestro ordenamiento jurídico interno nacional quedo plasmado un nuevo paradigma respecto de la Ley 22.278 del Régimen Penal de Menores. Dicho escenario nos lleva a investigar si la Ley Nacional 22.278 debió ser reformada para ajustarse a esa nueva visión, y por ende, si la falta de reforma en tal sentido permite determinar hoy la inconstitucionalidad de tal normativa.

En el ámbito nacional, la Justicia Penal Juvenil se encuentra regulada en la ley 22.278, que ha criterio de algunos autores<sup>1</sup> “reflejaría algunos desajustes con las prescripciones de la Convención de los Derechos del Niño, antes mencionada. Ello determinaría la necesidad de compatibilizar la práctica judicial con la ley para no desnaturalizar el sentido y alcance de dicha normativa constitucional” (Sarradell: 2011).

Por su parte, en la Provincia de Buenos Aires, las leyes 13.298 y 13.634, producen un quiebre con el ámbito nacional ajustándose al paradigma internacional, más precisamente a la CDN y reconocen un régimen asistencial de promoción y protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. El objeto de la normativa provincial es la protección integral de los mismos como sujetos de derecho y estableciendo un fuero especializado para los menores que violan el ordenamiento penal, otorgándole al Ministerio Público y al Poder Judicial competencias específicas.

Analizaremos como ambas normas provinciales instauran distintos organismos apropiados acordes a la normativa internacional y ...“se integran con resoluciones ministeriales que si bien no tienen fuerza vinculante condicionan la implementación en cuanto a las cuestiones administrativas de los Servicios Zonales de Promoción y Protección de Derechos y el Centro de Referencia para cuestiones de incumbencia penal” (Sarradell, 2011).

La Ley 22.278 en el actual régimen penal de minoridad se basa en un conjunto de prescripciones jurídicas violatorias de los arts. 16, 18, 19 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y de la Convención de los Derechos del Niño, tratando al Niño, Niña y Adolescente como un objeto de derecho y no como un sujeto de Derecho en el Régimen Penal Juvenil.

Respecto de nuestra principal norma de análisis, esto es, la Ley 22.278, a través de sus antecedentes históricos, el paradigma del sistema

---

<sup>1</sup> Sarradell, M.L. (2011). Niños y Jóvenes en conflicto con la Ley penal: el nuevo régimen de responsabilidad penal juvenil (Versión electrónica), *Miradas sobre un colectivo social diverso*. **Relevado en:** <https://www.unicen.edu.ar/content/ni%C3%B1os-y-j%C3%B3venes-en-conflicto-con-la-ley-penal-el-nuevo-r%C3%A9gimen-de-responsabilidad-penal-juve>

tutelar y el articulado de dicha norma, evaluaremos cuáles de ellos no se ajustan a la CDN y a normativa constitucional.

## CAPITULO 1

### 1. La Convención de los Derechos Del Niño

■

#### 1.1. *Sus antecedentes históricos*

La temática sobre los derechos del Niño comenzó a gestarse a principios del siglo XX, más precisamente en 1919, tras la creación de la Liga de las Naciones, que posteriormente se convertiría en la ONU, momento en el cual la comunidad internacional comenzó a otorgarle importancia al tema, por lo que se crea el Comité para la Protección de los Derechos del Niño.

El 16 de septiembre de 1924, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño<sup>2</sup> (también llamada Declaración de Ginebra), como primer tratado internacional sobre los derechos de los Niños.

A lo largo de cinco capítulos la Declaración otorga derechos específicos a los niños, así como responsabilidades a los adultos. Así, la Declaración de Ginebra establece los siguientes derechos del Niño:

1. El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
2. El niño hambriento debe ser alimentado; el niño enfermo debe ser atendido; el niño deficiente debe ser ayudado; el niño desadaptado debe ser reeducado; el huérfano y abandonado deben ser recogidos y ayudados.
3. El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

---

<sup>2</sup> Declaración de Ginebra (1924). Derechos del Niño. *Derechos del Futuro* (versión electrónica). Relevado en: <http://xn--derechosdelnio-2nb.com/declaracion-de-ginebra.html>

4. El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

5. El niño debe ser educado inculcándole el sentimiento del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

Pasaron dos décadas, y a raíz de las crueldades producidas por la Segunda Guerra Mundial, que dejaron a miles de niños en una situación desesperante, en 1947 se creó el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), concediéndosele status permanente de organización internacional en 1953, año en el que alcanzó una dimensión internacional y comenzó a auxiliar a niños en países en vías de desarrollo.

En 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclama la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>3</sup>, documento que marca un hito en la historia de los derechos humanos. En el Art. 25 inciso 2 se protege a “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

La Asamblea General de Naciones Unidas, en 1959, aprueba la Declaración de los Derechos del Niño, que describe los derechos de los niños en diez principios:

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.

2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.

3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.

4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados.

---

<sup>3</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos(1948).*Naciones Unidas*. [Version electrónica]  
Relevado en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.

6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.

7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.

8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.

9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.

10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal<sup>4</sup>.

En 1966, se aprueban los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su Art. 24 reconoce los siguientes derechos:

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

---

<sup>4</sup> Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959). Asamblea Gral de Naciones Unidas. Resolución 1386 (XIV). 20 de noviembre de 1959. [Versión electrónica]. *Relevado en:* <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>

En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos<sup>5</sup>, Sociales y Culturales, en su Artículo 10 estipula:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.

3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.

Finalmente, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño, en sus 54 artículos el documento establece los derechos económicos, sociales y

---

<sup>5</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). Asamblea Gral de Naciones Unidas. Resolución 2200 A (XXI). 16 de diciembre de 1966. |Versión electrónica| Relevado en: <https://www.humanium.org/es/pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-4/>

culturales de los niños. Además se firman tres Protocolos Facultativos<sup>6</sup>, que ofrecen más detalles y amplían las obligaciones del tratado original<sup>7</sup>.

Los Protocolos Facultativos de la CDN, son:

- Protocolo facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados.
- Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía<sup>8</sup>.
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al procedimiento de comunicaciones<sup>9</sup>.

Por su parte, en nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Nacional en su texto originario, no hace referencia específica al niño, o menor de edad. Con la Reforma de 1994, entre las facultades del Congreso Nacional, en el Art. 75 inc. 23, se establece la atribución de:

Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de

---

<sup>6</sup> Los “protocolos facultativos”, son mecanismos jurídicos que complementan y añaden provisiones al tratado. Un protocolo puede versar sobre un tema relacionado con el tratado original y se utiliza para profundizar sobre cuestiones que aparecían en el tratado original, abordar una preocupación nueva o añadir un procedimiento para la aplicación y puesta en marcha del tratado

<sup>7</sup> Cabe aclarar que un protocolo es “facultativo” porque no vincula automáticamente a los Estados que ya han ratificado el tratado original. Estas obligaciones en el protocolo son adicionales y pueden ser más exigentes que las que aparecían en la Convención original, por lo que los estados deben escoger de manera independiente si quieren vincularse o no al protocolo. Por tanto, un protocolo facultativo dispone de sus propios mecanismos de ratificación independientes del tratado que complementa. Por lo general, solamente los Estados que ya han aceptado vincularse al tratado original pueden ratificar sus protocolos facultativos. Los protocolos facultativos a la Convención sobre los Derechos del Niño permiten sin embargo a los Estados que no son parte ratificarlos o adherirse a ellos.

<sup>8</sup> Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (2000). Asamblea General de Naciones Unidas. 25 de mayo 2000. *[Versión electrónica]* Relevado en: <https://www.humanium.org/es/facultativo-venta-prostitucion-pornografia/>

<sup>9</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al procedimiento de comunicaciones(2011). Asamblea General de Naciones Unidas. 19 de Noviembre de 2011.*[Versión electrónica]*. Relevado en: <https://www.humanium.org/es/protocolo-comunicaciones/>

seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.

Además, dicha reforma otorga jerarquía constitucional a la CDN, la misma forma parte del bloque de Constitucionalidad Federal, conjuntamente con otros Tratados de Derechos Humanos. Así, el Art. 75 inc. 22, establece que corresponde al Congreso:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; **la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.**

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos

terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

## *1.2 El cambio de Paradigma*

El concepto de menor, proviene del latín *minus*, que lo define como “pequeño o menor que otra cosa”, significado que coloca al mismo, en situación de desventaja y vulnerabilidad respecto a la persona adulta.

Isabel Fanlo Cortés (2007)<sup>10</sup>, hace referencia a que:

...el término menor, si bien constituye, una acepción propia del léxico jurídico, se ha convertido, hoy por hoy, en patrimonio del lenguaje común, donde (no exento de connotaciones negativas) reenvía inmediatamente a la idea de debilidad intrínseca, inmadurez psicofísica y, por tanto, incapacidad estructural de autogestionarse sin la intervención mediadora de protección, guía y asistencia por parte de otros...

Desde el punto de vista normativo la CDN (1989)<sup>11</sup>, lo define de la siguiente manera: “...se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad...”.

Con la Convención de los Derechos del Niño se produce un cambio de paradigma en la forma de concebir al Niño, Niña y Adolescente. Entendemos por paradigma, desde la epistemología Kuhniana, al cambio de creencias, valores e hipótesis que hacen que lo que se conocía de una forma en

---

▪ <sup>10</sup> Fanlo Cortés, I. (2007). “*Justicia y Derechos del Niño*”, N° 9, UNICEF, Fondo para las Naciones Unidas para la Infancia. (Pág. 159). [Versión electrónica]. *Revista pensamiento penal. Relevado en:* [http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/justicia%20y\\_derechos\\_9.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/justicia%20y_derechos_9.pdf)

<sup>11</sup> Convención de los Derechos del Niño (1989). Asamblea General de Naciones Unidas. 20 de Noviembre de 1989.

un tiempo determinado pase a conocerse y valorarse de otra forma, produciéndose un quiebre temporal en la forma de entender dichas variables que hace que se entienda y conozca de otra manera.<sup>12</sup>

De un paradigma Tutelar que contemplaba al Niño , Niña y Adolescente como menor, haciendo referencia al minus, como más pequeño que otra cosa, con la CDN se pasa a un Niño, Niña y Adolescente al que debe oírse, respetarse su interés superior y otorgarle un proyecto de vida.

Esto en el ámbito legislativo tutelar el niño no es un sujeto titular de derechos sino un objeto de abordaje por parte de la Justicia que decide sobre su destino, tenga o no condena.

Paradójicamente el niño que nacía en circunstancias de abandono por ausencia de padres, con serios problemas económicos y sociales, el Estado como interventor lo asilaba en el Patronato, disponiendo así de su vida y lo que es aún peor de su proyecto de vida.

El juez fue empoderado como un órgano extrapoder que podía resolver el destino del niño sin que sea oído y sin tener en cuenta la voluntad de sus progenitores.

---

<sup>12</sup>Así lo manifiesta el filósofo Thomas Khun, cuando en su libro “La estructura de las revoluciones” plantea lo siguiente: *Voy a llamar, de ahora en adelante, a las realizaciones que comparten esas dos características, 'paradigmas', término que se relaciona estrechamente con 'ciencia normal'. Al elegirlo, deseo sugerir que algunos ejemplos aceptados de la práctica científica real —ejemplos que incluyen, al mismo tiempo, ley, teoría, aplicación e instrumentación— proporcionan modelos de los que surgen tradiciones particularmente coherentes de investigación científica. Ésas son las tradiciones que describen los historiadores bajo rubros tales como: 'astronomía tolemaica' (o 'de Copérnico'), 'dinámica aristotélica' (o 'newtoniana'), 'óptica corpuscular' (u 'óptica de las ondas'), etc. El estudio de los paradigmas, incluyendo muchos de los enumerados antes como ilustración, es lo que prepara principalmente al estudiante para entrar a formar parte como miembro de la comunidad científica particular con la que trabajará más tarde. Debido a que se reúne con hombres que aprenden las bases de su campo científico a partir de los mismos modelos concretos, su práctica subsiguiente raramente despertará desacuerdos sobre los fundamentos claramente expresados. Los hombres cuya investigación se basa en paradigmas compartidos están sujetos a las mismas reglas y normas para la práctica científica...(...)...Estas transformaciones de los paradigmas de la óptica física son revoluciones científicas y la transición sucesiva de un paradigma a otro por medio de una revolución es el patrón usual de desarrollo de una ciencia madura... (Khun Thomas,(1962) La estructura de las revoluciones científicas.(Ed. 1962),Argentina: Fondo de Cultura Económica pág. 36-38)*

El niño que delinquirió y el que no lo hizo en este paradigma fueron privados de libertad y de todos los derechos y garantías procesales que le asisten a los menores por el solo hecho de ser personas. El menor estaba a la merced del sistema penal rodeado de sentencias que lo castigaban doblemente por el delito cometido y por su situación de abandono.

Así lo entendió la CIDH en el caso Villagrán Morales contra República de Guatemala (1999):

...Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida....<sup>13</sup>

La Convención de los Derechos del Niño produce un cambio revolucionario de paradigma que pasa de un “sistema normativo tutelar del menor” a un “sistema normativo de protección Integral del Niño, Niña y Adolescente”. Ello generó una rebelión académica que empieza a ver a su objeto de estudio ya no como algo que hay que cuidar sino como un sujeto en desarrollo con plenitud de derechos.

---

<sup>13</sup>CIDH: Caso Villagrán Morales y otros contra República de Guatemala (1999). [Versión electrónica]. *Caso de los niños de la Calle*.  
Relevado en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap\\_rp\\_rep.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap_rp_rep.pdf)

En su explicación respecto de cómo operó el cambio de paradigma en el mundo moderno Zaffaroni (2016)<sup>14</sup> dice:

...El proceso de rejuridización comenzó en los años sesenta, con el famoso caso Gault en los Estados Unidos (un niño que hacía llamadas para proferir expresiones soeces contra su vecina fue internado hasta los veintiún años) y culminó en la últimas décadas del siglo pasado con la Convención Internacional de los Derechos del Niño, las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (conocidas como Reglas de Beijing), las Reglas mínimas de Naciones Unidas para jóvenes privados de libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la administración de la justicia juvenil (conocidas como Directrices de Riad). Con todo este arsenal, los niños y adolescentes entraron nuevamente a ser personas, cuyas garantías debe respetar cualquier ejercicio de poder punitivo. La idea central de este aparato normativo es que ningún niño puede estar en peor situación penal ni procesal que un adulto que hubiese realizado la misma conducta delictiva. Es muy elemental, pero costó un siglo lograrlo... (Página 5)

Para concluir este apartado, cabe destacar que el valor de la CDN, desde el punto de vista jurídico, pues ha venido a impregnar a nuestro ordenamiento jurídico interno de un sentido más humanizador del niño. Así lo refleja la CIDH, en el caso Villagrán Morales, sobre el carácter otorgado a la Convención por la Corte<sup>15</sup>, colocándola a la par de la Convención Americana de Derechos Humanos, considerándolas a ambas como “un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general”.

---

<sup>14</sup> Gonzalez Garcete, J.M.(2016). Sistema de responsabilidad penal para adolescentes infractores (Paraguay). [versión electrónica] *Monografias.com*. *Relevado en:* <https://www.monografias.com/trabajos109/sistema-responsabilidad-penal-adolescentes-infractores-paraguay/sistema-responsabilidad-penal-adolescentes-infractores-paraguay5.shtml>

<sup>15</sup> CIDH: Caso Villagrán Morales y otros contra República de Guatemala (1999). [Versión electrónica]. *Caso de los niños de la Calle*. [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)  
*Relevado en:* [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap\\_rp\\_rep.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap_rp_rep.pdf)

### *1.3 La Incorporación de la Convención de los Derechos del Niño al Derecho Argentino.*

En el año 1994 la CDN se incorpora a nuestro ordenamiento con la reforma Constitucional, pero dicha inclusión no genera un cambio normativo interno de la Ley 22.278, circunstancia sobre la cual volveremos más adelante.

A contrario, a nivel provincial en el año 2005, la provincia de Buenos Aires se suma al cambio de paradigma, pues crea con la Ley 13.634 el Fuero Penal Juvenil, que se complementa con la Ley 13.298 que regula el Sistema de Promoción y Protección de los Derechos del Niño.

Ambas normativas funcionan como garantías del trato del menor y lo reconocen como una persona en desarrollo, con un interés superior y que debe poseer un proyecto de vida que debe estar garantizado ya no solo por el Estado, sino por la familia y la sociedad entera. El niño es un sujeto de derecho conforme a la CDN.

La incorporación de la Convención de los Derechos del Niño produce un quiebre en la normativa Nacional, porque produce el empoderamiento del Niño, Niña y Adolescente, basándose en dos pilares “el interés superior del niño” y su “proyecto de vida”.<sup>16</sup>

El “interés superior del niño” en la Convención de los Derechos del Niño es la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley. Desde el punto de vista doctrinario se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga e indeterminada y sujeta a

---

<sup>16</sup>Así lo entiende desde la doctrina Barata (2007) quien sostiene que: La Convención se ocupa, en diversas normas, del niño, o sea de las personas menores de 18 años como sujeto de derecho en sentido pleno y no solamente entonces como persona incapaz representada por los adultos a los que pertenecen la competencia y el deber de cuidarlos. Esto significa (...) que el niño es respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades (...) como portador de un pensamiento, una conciencia y una religión; como sujeto del cual dependen libremente la comunicación y la asociación con otros sujetos. Barata (2007).UNC. [Versión electrónica] *Sistema Integral de protección y promoción de los derechos del Niño, Niña y Adolescentes. Recorridos y perspectivas del Estado y de la Sociedad civil.* ( p.20). *Relevado en:*

[http://www.fundacionholcim.org.ar/descarga/Publicaciones/2013/Sistemas\\_de\\_proteccion\\_integral\\_de\\_los\\_derechos\\_de\\_los\\_ninos\\_ninas\\_y\\_adolescentes.pdf](http://www.fundacionholcim.org.ar/descarga/Publicaciones/2013/Sistemas_de_proteccion_integral_de_los_derechos_de_los_ninos_ninas_y_adolescentes.pdf)

múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extrajurídico.

Los Estados para lograr el respeto de ese interés superior del niño deben, hacer efectivo el mandato del artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño<sup>17</sup>, que establece que:

...los órganos legislativos deberán tener una consideración primordial (...) del interés superior del niño, con el fin de compatibilizar el interés social en la disminución de los delitos, con la formación integral de los niños y adolescentes en su tránsito hacia la adultez.

A través de éste precepto, el legislador pretende no solo proteger el interés superior del niño, sino además contemplar el “proyecto de vida”, y así en el año 2007 en la causa A., F. s/ protección de persona (2007)<sup>18</sup>, el juez Maqueda -en su voto- señaló que:

...En los términos del art. 75, incs. 22 y 23 de la Constitución Nacional, y en el marco de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en general y de la Convención de los Derechos del Niño en particular, la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras

---

<sup>17</sup>Artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

<sup>18</sup> CSJN: “AF, sobre protección de personas” (2007). *Fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (pág.270). Relevado en: <http://www.defensoria.org.ar/a-f-sproteccion-de-persona/>

consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, el de los propios padres.

En el fallo M. D. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos (2012)<sup>19</sup>, la CSJN en el año 2012 sostuvo:

...Que teniendo en cuenta que el interés superior del niño proporciona un parámetro objetivo que permite hacer prevalecer por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, los tribunales deben ser sumamente cautos en modificar situaciones de hecho respecto de personas menores de edad...

En el mismo sentido, desde la doctrina Barata (2007) sostiene que:

La Convención se ocupa, en diversas normas, del niño, o sea de las personas menores de 18 años como sujeto de derecho en sentido pleno y no solamente entonces como persona incapaz representada por los adultos a los que pertenecen la competencia y el deber de cuidarlos. ...Esto significa (...) que el niño es respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades (...) como portador de un pensamiento, una conciencia y una religión; como sujeto del cual dependen libremente la comunicación y la asociación con otros sujetos... (p.20)<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> CSJN: “M. D. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos” (2012). *Fallos relevantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (pág.271). *Relevado en:*

[https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=relevantes2003\\_2016](https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=relevantes2003_2016)

<sup>20</sup>Barata (2007).UNC. *[Versión electrónica] Sistema Integral de protección y promoción de los derechos del Niño, Niña y Adolescentes. Recorridos y perspectivas del Estado y de la Sociedad civil.* ( p.20). *Relevado en:* [http://www.fundacionholcim.org.ar/descarga/Publicaciones/2013/Sistemas\\_de\\_proteccion\\_integral\\_de\\_los\\_derechos\\_de\\_los\\_ninos\\_ninas\\_y\\_adolescentes.pdf](http://www.fundacionholcim.org.ar/descarga/Publicaciones/2013/Sistemas_de_proteccion_integral_de_los_derechos_de_los_ninos_ninas_y_adolescentes.pdf)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (2006)<sup>21</sup> también ha censurado la realidad que exhibe el sistema judicial de menores. Sostuvo que:

...Una característica distintiva y criticable que ha tenido este sistema judicial de menores es que históricamente no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, entre ellas disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación. Esto surge claramente no sólo del artículo 2º de la ley 22.278 sino también de la hermenéutica de la ley de Patronato de Menores n° 10.903... (art. 21)...Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos...

Siguiendo el análisis, la noción de proyecto de vida al que la CDN hace referencia, ha sido incorporada por los Tribunales de nuestro país en sus sentencias el mencionado concepto, y así lo entendió el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de Azul, en el caso “*V.A.F, sobre robo agrado en despoblado, robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa y portación ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso real*”<sup>22</sup>, en el año 2016, en un juicio abreviado, y decidió exonerar al

---

<sup>21</sup> CSJN: “*M.,D. E s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado*”(2006). |Versión electrónica| Recuperado en: <https://www.google.com.ar/search?q=%E2%80%9CM.%2CD.+E+s%2F+robo+agravado+por+el+uso+de+armas+en+concurso+real+con+homicidio+calificado%E2%80%9D%2C+CSJ+rt+a.+7%2F12%2F05&oq=%E2%80%9CM.%2CD.+E+s%2F+robo+agravado+por+el+uso+de+armas+en+concurso+real+con+homicidio+calificado%E2%80%9D%2C+CSJ+rta.+7%2F12%2F05&aqs=chrome..69i57.2861j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>

<sup>22</sup> Fallo Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de Azul: “*V.A.F, sobre robo agrado en despoblado, robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa y portación ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso real*”. (2016)

joven por considerar que su vida objetivamente estaba “clausurada de derechos”.

El Juzgado entendió, que el menor, estuvo en una extrema situación de vulneración de derechos y el dictamen del asistente social refleja en detalle y claridad su dura historia de vida transcurrida en soledad desde el momento mismo en que nació, transitando varios episodios de abandono y maltrato físico y psíquico, y puesto también de manifiesto ante la circunstancia de no haber sido inscripto en el Registro de las Personas, estando al momento del fallo indocumentado.

Cabe destacar a modo de conclusión que el valor de la CDN, desde el punto de vista jurídico, es que ha venido a impregnar a nuestro ordenamiento jurídico interno de un sentido más humanizador del niño, y así lo refleja la CIDH, en el caso Villagrán Morales (1999), sobre el carácter otorgado a la Convención por la Corte, colocándola a la par de la Convención Americana de Derechos Humanos, considerándolas a ambas como “un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general<sup>23</sup>.

#### *1.4. La promoción y protección de los Derechos del Niño en el ámbito Provincial*

En la provincia de Buenos Aires el nuevo plexo normativo, que regula el sistema de Promoción y Protección de los derechos del Niño/a y Adolescente, ley N° 13.298, tiene como objeto la protección integral del niño/a y adolescente, cuya finalidad ha sido derogar el Decreto - ley 10.067.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup>CIDH: Caso Villagrán Morales y otros contra República de Guatemala (1999). [Versión electrónica]. *Caso de los niños de la Calle*.

Recuperado: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap\\_rp\\_rep.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap_rp_rep.pdf)

<sup>24</sup>Con anterioridad a la sanción de las leyes 13.298 y su complementaria 13.634, ante la comisión de delitos de menores, estos eran tratados por el Juez de Menores en materia asistencial, hoy esas causas también pasan por el Servicio Local. Actualmente, interviene en las cuestiones que afectan a los Derechos del Niño para posibilitar su restablecimiento, asumiendo la función de contralor sobre el cumplimiento de las medidas que se toman en el Fuero Civil y Penal, además fiscaliza la implementación de los programas que incluyan a la familia y al niño.

Asimismo, la ley tiene su norte en el principio rector que resalta la condición de persona humana de todo niño/a y adolescente, señala los caracteres propios del mismo y entiende que se encuentra en situación de vulnerabilidad, propia de su proceso evolutivo. Además, protege a través de distintos organismos, la infancia, como etapa de la vida sobre la que se construye el presente y futuro de la humanidad.

El Estado tiene el deber de asegurar y proteger los Derechos del Niño, a través de Políticas Públicas que tengan por objeto, la protección y el auxilio de la familia o comunidad de origen del menor, la asignación de recursos, en las áreas relacionadas a la protección de la niñez, y la preferencia en la exigibilidad de su protección jurídica, cuando los derechos de los menores colisionen con los intereses de los mayores, o de personas públicas y privadas.

Los derechos consagrados en la presente ley se consideran de orden público, irrenunciable, interdependiente entre sí e indivisible, características propias de todos los derechos humanos<sup>25</sup>.

La mencionada ley, establece la creación de un conjunto de órganos, entidades y servicios de promoción y protección integral de los derechos del niño y el adolescente integrado por órganos administrativos, órganos judiciales y organizaciones de atención a la niñez y la juventud cuya función es formular, coordinar, orientar, supervisar, ejecutar y controlar las políticas, programas y acciones en el ámbito provincial y municipal.

#### *1.4.1 La adecuación de la normativa provincial a la Convención de los Derechos del Niño*

En el 2005 la provincia de Buenos Aires se suma al cambio de paradigma creando con la Ley 13.634 el Fuero Penal Juvenil, que se complementa con la ley 13.298 que regula el Sistema de Promoción y

---

<sup>25</sup>Para una mejor comprensión del tema se recomienda la lectura del Manual de Derechos Humanos, del Profesor Santagati, Claudio Jesús, *Relevado en:* <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Manual-de-Derechos-Humanos-Claudio-Santagati-1.pdf>

Protección de los derechos del niño, ambas normativas funcionan como garantías del trato del menor y lo reconocen como una persona en desarrollo, con un interés superior y que debe poseer un proyecto de vida que debe estar garantizado ya no solo por el Estado, sino por la familia y la sociedad entera. El niño es un sujeto de derecho conforme a la CDN.

Como podemos observar estas normas ya se crean bajo en nuevo paradigma de la Convención y obliga al Estado a implementar unidades operativas que a través de programas, propuestas o planes de acción colaboren con el Niño, Niña y Adolescente que está en conflicto con la Ley penal.

Le saca poder al Estado que a través del juez decidía sobre la vida del menor y basándose en el interés superior del niño y su proyecto de vida empieza generar un entramado institucional que se encargue ya no de proteger, sino de encauzar en su proyecto de vida al niño como sujeto de Derecho.

La CDN en la Provincia de Buenos Aires es la que da los lineamientos generales sobre los que se va a estructurar el destino del proyecto de vida del Niño, Niña y Adolescente. También se tiene en cuenta el interés general de ese niño que al ser oído va a ser tomado en cuenta como un ente susceptible de derechos. Como podemos observar, ya no es tomado como un objeto al que hay que condenar por ser un peligro para la sociedad, sino como un sujeto de derecho del que es responsable el Estado, la familia y la sociedad entera.<sup>26</sup>

La norma 13.634, complementaria de la 13.298, creó el Fuero de la Responsabilidad Penal Juvenil, entendido como el Ministerio Público del Joven, compuesto por Fiscales y Defensores Oficiales, que intervienen en todas las etapas del proceso: el Fiscal lleva adelante la investigación y aporta las pruebas para la acusación y el Defensor está a cargo de la defensa.

Además, instauró los Juzgados de Garantías del Joven, que controlan la investigación preliminar y es responsable de las medidas que se toman con

---

<sup>26</sup>En el mismo sentido, Cillero Bruñol opina que la Convención “opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos”. Además entiende “que la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los Programas sociales generales” (Cillero Bruñol, 2007, p. 130).

respecto al menor durante el proceso, el Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil, órgano de juzgamiento resuelve la aplicación de medidas, salvo delitos graves en que toma intervención el Tribunal de Responsabilidad Penal y la Cámara de Apelación y Garantía en lo Penal y el Tribunal de Casación.

Tal normativa, viene a dar una respuesta moderadora o mixta al tratamiento de los menores que violan el ordenamiento penal, acorde<sup>27</sup> “al cambio de paradigma, del denominado “sistema tutelar” o “de la situación irregular” por el de “protección integral”; cambio que se empezó a materializarse con la incorporación al plexo constitucional de la Convención de los Derechos del Niño.

Son principios rectores para la interpretación y aplicación de las normas del proceso penal: la protección integral de los derechos del niño, su formación plena, la reintegración en su familia y en la comunidad, la mínima intervención, la subsidiariedad, la solución de los conflictos y la participación de la víctima; también que el niño asuma una actitud constructiva y responsable ante la sociedad, adquiriendo respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas

En éste nuevo proceso normativo, ya no sólo el Estado es responsable, sino también la familia y la propia sociedad que deben garantizar un proyecto de vida al niño; estos procesos no solo implican transformaciones normativas e institucionales de los actores, sino fundamentalmente la construcción simbólica de universos de sentido respecto de las condiciones de la infancia, lo que pone en evidencia también las deudas pendientes en cuanto al bienestar y acceso a derechos básicos tales como salud, educación, y un desarrollo integral principalmente de aquellos niños de sectores más vulnerables.

En el ámbito doctrinario, en el tema de la niñez y el sistema penal, Osio (2014) sostiene que :

---

<sup>27</sup> Sarradell, M.L. (2011). Niños y Jóvenes en conflicto con la Ley penal: El nuevo regimen de responsabilidad penal juvenil (Versión electrónica), *Miradas sobre un colectivo social diverso*. **Relevado en:** <https://www.unicen.edu.ar/content/ni%C3%B1os-y-j%C3%B3venes-en-conflicto-con-la-ley-penal-el-nuevo-r%C3%A9gimen-de-responsabilidad-penal-juve>

...Aparecen visibles los rencores ( el subrayado nos pertenece, ya que modificamos el término “palmarios” por visibles y “enconos” por rencores, ambos utilizados por el autor) en torno a cuestiones jurídicas, sociales, antropológicas y humanitarias, pero, fundamentalmente las mayores disquisiciones actuales se suceden en el tema del abordaje, ya estatal o no, de la problemática de los niños en conflicto con la ley penal. Y las respuestas a esta cuestión, fundamentalmente las jurídicas y/o institucionales se incardinan masivamente en clave binaria, es decir, más penalización y prisionización, con flexibilización de garantías procesales –enemigos- o abolicionismo penal y abordaje social-integral –amigos- de los “menores”, sin dejar de reconocer que hay posturas que podríamos denominar eclécticas o mixtas, las restaurativas o educadoras y las de derecho penal mínimo, por ejemplo (pág. 37).

Como se anticipó anteriormente, la nueva normativa viene a cumplir con el mandato establecido en la CDN, pero además existe en el orden normativo internacional, diversas normas que han contribuido a dotar al niño sujeto a proceso penal de una protección integral, entre ellas cabe destacar las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, en el Principio 1 “Orientaciones Generales” en sus incisos 2 y 3 establecen:

Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento de delito y delincuencia posible.

Con objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos disponibles, con

inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad.

Respecto a cuál debe ser el tratamiento de los menores sujetos a proceso penal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004), y nuestro Máximo Tribunal se han expedido al respecto y han entendido:

..La jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, máxime cuando el contenido del derecho a la libertad personal de aquéllos no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad<sup>28</sup>.

Asimismo, en el Fallo Villagrán Morales, la CIDH entendió que: “Todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece”<sup>29</sup>.

En el año 2015, en la causa “C.P.A sobre Homicidio Culposo-Tapalque”, la Cámara de Apelación y Garantía Penal, del Departamento Judicial de Azul, declara al menor penalmente responsable, y hace un análisis respecto a la doble fuente normativa que regula el régimen Penal Juvenil, el decreto-ley 22.278 y la ley 13.634, sosteniendo que:

---

<sup>28</sup>CIDH: “Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay”, ( 2004). *Relevado en:* [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_112\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf)

<sup>29</sup> CIDH: Caso Villagrán Morales y otros contra República de Guatemala (1999). [Versión electrónica]. *Caso de los niños de la Calle*. *Relevado en:* [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap\\_rp\\_rep.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap_rp_rep.pdf)

Como ya se ha expresado en reiterados fallos, a partir del nuevo paradigma de la Protección Integral, cimentado a nivel transnacional desde el advenimiento de la Convención de los Derechos del Niño, resulta una tarea imperativa de los operadores jurídicos construir una solución interpretativa, contextual, sistemática y pro niño habida cuenta la asimetría histórica de dos regímenes que conviven sobre distintas bases ideológicas: “la llamada situación irregular”, de los menores en conflicto con la ley penal, que sigue sustentando la ley que nos rige (22.278), contrario al diseño constitucional que introduce en el bloque de convencionalidad la CDN, la interpretación de las normas que efectúa la Corte Federal en fallos como “Versbitsky” y la concreta aplicación del bloque de convenciones minoriles que incorpora como pauta interpretativa en el fuero la ley 13.298.

Enmarcados dentro del nuevo modelo de protección integral se ha reconocido “que los niños cuentan con todos los derechos que corresponden a todos los seres humanos, menores y adultos y tiene además un plus de derechos especiales derivados de su condición a los que se corresponden derechos especiales de la familia, la sociedad y el Estado” (CDJNM.D.E fallo 7/12/05, párrafo 54).<sup>30</sup>

#### *1.4.2 Esquema Institucional en la Provincia de Buenos Aires.*

La ley establece un esquema institucional a nivel provincial y municipal, que tiene a su cargo la elaboración, implementación, gestión y fiscalización de las políticas públicas.

---

<sup>30</sup>Los principios establecidos en la ley 13.634, cumplen con el modelo denominado “de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes”. Según expresa Osio, se debe: Tratar de interpretar los institutos jurídicos y las instituciones estatales desde una hermenéutica orientada hacia la máxima satisfacción de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, siendo críticos del sistema penal en sí, pero también de los fines sociales, tutelares y/o educativos que de antaño se le atribuyen a su intervención en relación a los sujetos que no han alcanzado determinada edad, con las características particulares que ello ofrece. Osio, A.J.(2014).*El Estado en Situación Irregular*” Y sobre cómo la reparación puede coadyuvar a una política de protección integral y acotante del poder punitivo. *Relevado en:*

<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina35849.pdf>

La ley 13.298, refleja las interacciones entre los diferentes organismos, el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires, a través de la **Secretaría de Niñez y Adolescencia**, se encarga de diseñar y ejecutar políticas de promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; favorece la participación y el compromiso social de las familias y los dirigentes sociales en relación a la niñez y la adolescencia; promueve y asesora a los municipios en el desarrollo de servicios locales y los procesos de transformación institucional; coordina la aplicación de políticas de responsabilidad penal juvenil, dentro del marco de lo establecido por los convenios y leyes internacionales<sup>31</sup>.

La **Comisión Interministerial del Sistema de Promoción y Protección de los Derechos del Niño**, es un espacio de articulación y decisión de políticas públicas en un marco de corresponsabilidad de las acciones. Involucra a la casi totalidad de las carteras ministeriales que componen el gobierno provincial y sesiona a solicitud de la Autoridad de Aplicación de la ley, la Secretaría de Niñez y Adolescencia<sup>32</sup>.

El **Observatorio Social del Sistema de Promoción y Protección de los Derechos del Niño** tiene como principal misión el asesoramiento y cooperación en las políticas públicas de niñez. Se conforma con tres (3) organizaciones no gubernamentales de atención a la niñez y la juventud con actuación en la Provincia; un (1) representante por cada uno de los Colegios de Profesionales provinciales de Psicólogos, Trabajadores Sociales, Abogados, Médicos y Sociólogos; tres (3) profesores regulares o investigadores con especialidad en alguna de las temáticas a tenientes a la niñez pertenecientes a Universidades Públicas con asiento en la Provincia y por último representantes de las iglesias de cualquier credo autorizado por la Secretaría de Culto de la Nación.

La provincia de Buenos Aires, se divide en regiones, conformadas por veinticuatro sedes que conforman los **Servicios Zonales de Promoción y**

---

<sup>31</sup> Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia. *Relevado en:* <http://www.gba.gob.ar/desarrollosocial/subsecretaria>

<sup>32</sup> Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia. *Relevado en:* <http://www.snya.gba.gob.ar/index.php/promocion-y-proteccion-de-derechos/las-instituciones-de-la-ley/comision-interministerial>

**Protección de los Derechos del Niño**, su función es coordinar y supervisar la actividad de los Servicios Locales, debe presentar informes al Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires, quien ejerce la superintendencia y supervisión de los Servicios Zonales.

Otro de los Organismos que estipula la Ley es el **Consejo Local de los Derechos del Niño**, tiene por misión la elaboración del Plan de Acción para la protección integral de los Derechos del Niño, en cada Municipio, allí se ven representadas las diferentes instituciones y organizaciones vinculadas a la Niñez y a la Adolescencia.

Según el Art 18 de la ley 13.298, en cada municipio la Autoridad de Aplicación debe establecer órganos desconcentrados denominados **Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos**. En la Ciudad de Tandil, realiza convenios de cooperación con trece Centros de Día, éstos presentan Proyectos ante el Servicio Local y éste los envía al Servicio Zonal quien debe aprobarlos y conseguir los recursos económicos desde la Provincia, a través de Becas, para su puesta en marcha.

El Servicio Local de Promoción y Protección de los Derechos trabaja en el área local, coordinadamente con el Municipio a través de los espacios dedicados a la Niñez, lo hace mediante la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia del Municipio, y así surge de lo manifestado por la Directora del Organismo de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Buenos Aires, Pilar Molina (2016): “en Tandil nos encontramos con un Estado municipal que interactúa con los servicios provinciales, las organizaciones civiles y el Poder judicial, que articulan, que tienen un diagnóstico común de la problemática y que consensuan cuales son las soluciones que hay que construir” (*El Eco de Tandil*)<sup>33</sup>.

### *1.4.3 El Servicio Local*

---

<sup>33</sup> El Eco de Tandil, “Presentaron la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia del Municipio”. *Relevado en:* <http://eleco.com.ar/la-ciudad/presentaron-la-direccion-de-ninez-adolescencia-y-familia-del-municipio/>

El Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos, es un órgano con recursos propios, creado a los efectos de ayudar al joven que se encuentra en situación de riesgo sin separarlo de su grupo familiar, posee un equipo interdisciplinario (psicólogo, médico, abogado y asistente social) dedicado a intervenir con los jóvenes en situación de riesgo.

La Ley 13.298 define a los Servicios Locales como:

Serán unidades técnico operativas con una o más sedes, desempeñando las funciones de facilitar que el niño que tenga amenazados o violados sus derechos, pueda acceder a los programas y planes disponibles en su comunidad. En los casos en que la problemática presentada admita una solución rápida, y que se pueda efectivizar con recursos propios, la ayuda se podrá efectuar en forma directa.

Algunas de las medidas que lleva adelante coinciden con lo dispuesto en la CDN según el Artículo 27<sup>34</sup> de la misma, tales como el cuidado, la orientación y supervisión de los menores y su familia, el asesoramiento al grupo familiar, escuchar al niño y todas aquellas medidas que tiendan a la protección integral del menor, incluyendo el esparcimiento, el juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural.

Como se puede observar, el Servicio Local, tiene a su cargo políticas de gestión tendientes a empoderar al niño, por su condición de vulnerabilidad, es decir que el Estado a través de sus órganos administrativos y judiciales,

---

<sup>34</sup>Convención de los Derechos del Niño, Artículo 27 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda. 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

debe tomar medidas de acción positivas, para colocarlo en una real igualdad de oportunidades respecto a los adultos.

Para ello, el Servicio Local realiza un trabajo articulado con instituciones de la sociedad civil, y demás organizaciones administrativas y judiciales. Estas acciones concertadas en pos de la integridad del niño/a, exige la actuación de cada organismo de manera conjunta de acuerdo al sistema legal de protección y promoción en la Provincia de Buenos Aires.

Les corresponderá a estos servicios buscar la alternativa que evite la separación del niño de su familia o de las personas encargadas de su cuidado personal y aportar las soluciones apropiadas para superar la situación. Sus funciones son de acuerdo al Art. 19 de la Ley 13.298:

a) Ejecutar los programas, planes, servicios y toda otra acción que tienda a prevenir, asistir, proteger, y/o restablecer los derechos del niño.

b) Recibir denuncias e intervenir de oficio ante el conocimiento de la posible existencia de violación o amenaza en el ejercicio de los derechos del niño.

c) Propiciar y ejecutar alternativas tendientes a evitar la separación del niño de su familia y/o guardadores y/o de quien tenga a su cargo su cuidado o atención, teniendo como mira el interés superior del niño.

d) Participar activamente en los procesos de declaración de la situación de adoptabilidad y de adopción, y colaborar en el trámite de guarda con fines de adopción, con los alcances establecidos en la Ley respectiva.

La norma 13.298 y su decreto reglamentario 300/05, establecen que cuando un niño sufra amenaza o violación o sea víctima de un delito, sus familiares, responsables, allegados o terceros que tengan conocimiento de tal situación, solicitaran ante los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos, el resguardo y restablecimiento de los derechos afectados.

La jurisprudencia se ha pronunciado, acerca del procedimiento y competencias de los Servicios Locales de Promoción y Protección de Derechos. En un fallo del año 2013, la Suprema Corte de Justicia Bonaerense, en el caso "*Municipalidad de La Plata contra Ministerio de Desarrollo Social Provincia de Buenos Aires. Conflicto de poderes art. 161 inc. 2º Const. prov.*", resolvió:

...De lo expuesto surge que es el Servicio Local quien debe tomar conocimiento de la petición, citar al niño y familiares, responsables y allegados involucrados a una audiencia con el equipo técnico del servicio y éste servicio comunal es quien debe comunicar lo actuado al juez competente, dentro del plazo de 24 horas si se tratara de una medida de abrigo, para que tome intervención en el control de legalidad de la decisión...<sup>35</sup>.

Según el Art 35 de la Ley 13.298, el Servicio Local cuando comprueba la amenaza o violación de derechos podrá adoptar, las medidas que a continuación se enuncian:

- a) Apoyo para que los niños permanezcan conviviendo con su grupo familiar.
- b) Orientación a los padres o responsables.
- c) Orientación, apoyo y seguimiento temporarios a la niña, niño, adolescente y/o su familia.
- d) Inscripción y asistencia obligatoria en establecimiento educativo.
- e) Solicitud de becas de estudio o para guardería y/o inclusión en programas de alfabetización o apoyo escolar.
- f) Asistencia integral a la embarazada.
- g) Inclusión del niño, niña o adolescente y la familia, en programas de asistencia familiar.

---

<sup>35</sup> SCJ Buenos Aires: "*Municipalidad de La Plata contra Ministerio de Desarrollo Social Provincia de Buenos Aires. Conflicto de poderes art. 161 inc. 2º Const. prov.*" *Relevado en:* <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tLLCZc6Ax8YJ:www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2013/05-02/b71532.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar>

h) Cuidado del niño, niña o adolescente en el propio hogar, orientado y apoyando a los padres, representantes o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, conjuntamente con el seguimiento temporal de la familia y del niño a través de un programa.

i) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico del niño, niña o adolescente o de alguno de sus padres, responsables o representantes.

j) Inclusión en programa oficial o comunitario de atención, orientación y tratamiento en adicciones.

k) Asistencia económica.

l) Permanencia temporal, con carácter excepcional y provisional, en ámbitos familiares alternativos o entidades de atención social y/o de salud, de conformidad con lo establecido en el artículo siguiente.

Asimismo, cuando en la Justicia Penal Juvenil se declara la imputabilidad o inimputabilidad del menor sometido a proceso penal, el Juez o Tribunal en su caso puede exigir alguna de las medidas estipuladas en el Art. 35, y así lo sostuvo la Cámara de Apelación y Garantía Penal del Departamento Judicial de Azul en el fallo “R.R.B S/robo agravado por el uso de arma”, en el año 2011:

Esta medida de seguridad fue dejada sin efecto el 3 de marzo de este año (ver fotocopias glosadas a fs.309/313 vta. De la IPP586/11), a la par que se la declaro inimputable por la edad dándosele intervención al Servicio Zonal de Promoción y Protección de los Derechos del Niño de esta ciudad las recomendaciones específicas de las medidas previstas en los incisos a), b), e), i) y j) del art 35 de la Ley 13298 (tratamiento Psicológico y psiquiátrico, integración al sistema educativo, apoyo familiar y tratamiento de adicciones).

El plexo normativo avanzó en el establecimiento de políticas públicas dirigidas a la infancia y la definición de los organismos de aplicación. Entre las políticas y programas creados, y a crearse, se privilegian las de prevención, promoción y protección, se crean así mecanismos que promueven el desarrollo de redes y sistemas locales que intervienen en las situaciones de vulneración

de derechos, también, instancias de participación con organizaciones sociales que permiten una adecuada articulación entre ellas y de estas con el Estado<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Organismo Provincial de la Niñez y Adolescencia. *Relevado en:* <http://www.snya.gba.gob.ar/index.php/institucional/2013-06-12-20-59-26>

### *Conclusiones Parciales:*

- La Convención de los Derechos del Niño provocó un cambio de paradigma tutelar a un paradigma integral, que trata al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos con un interés superior y un proyecto de vida.
- La Convención de los Derechos del Niño trata al niño como sujeto de Derecho.
- La norma que va analizarse dispone del niño como un objeto que está a cargo del juez que entiende en la causa y no ajustarse al nuevo paradigma, esto se observa en los arts. 1,2 y 3 de la norma que se analizará en el próximo capítulo.
- La normativa de la Provincia de Bs. As. se ajusta a la Constitución y a la convención de los Derechos del Niño y contradice la normativa Nacional.

## CAPITULO 2

### *2. La Ley Nacional 22.278. El régimen penal de la Minoridad.*

#### *2. 1. Los antecedentes históricos*

■

En este apartado veremos los antecedentes históricos, y por ende el recorrido en el tiempo de la legislación nacional en el tratamiento de los NNA que se encuentran en conflicto con la ley penal.

En 1954 la Ley 14.394, “Modificación del Régimen de Menores y la Familia” con el pretexto de mejorar la situación del menor derogó los artículos 36 al 39 del Código Penal. Esta norma acentuó la tutelaridad de la intervención judicial y dividió la edad de imputabilidad en las siguientes categorías:

- Menores inimputables hasta los 14 años.
- Menores imputables de sanción eventual entre los 14 y los 16 años.
- Menores con tratamiento especial para su detención y prisión entre los 16 y la mayoría de edad 21 años.

Se buscaba resocializar al menor, reeducarlo y esta función que quedaba a cargo del juez según cada caso en particular lo derivaba a centros asistenciales o educacionales.

Conforme lo explica la doctora Zulita Fellini (2009):<sup>37</sup>

---

<sup>37</sup> La autora Citada agrega algunas de las características de esta Ley14.394 a saber que son: a) la sustracción del menor del Código Penal; b) la elevación del límite de imputabilidad a los 16 años, a diferencia del Código o la franja etaria de 16 a 18 años; e) un régimen diferencial en la ejecución de la sanción para los menores de 18 a 22 años de edad; f) la extensión de los beneficios del régimen de la tutela jurídica al menor emancipado; g) la obligatoriedad del examen integral del medio y de la personalidad

...La ley 14.394 recibió la influencia del movimiento de despenalización de los menores; como consecuencia, la idea que privó, dice, fue la de sustraerlos del Código Penal para ser sometidos a un régimen especial, destinándolos cuando correspondiera, a establecimientos asistenciales y educacionales...(Pag. 304)

En 1976, en pleno "Proceso de Reorganización Nacional", en un Estado clausurado de Derechos se da a luz a la Ley 21.338, que modificó el Código Penal y parcialmente la Ley 14.394 en materia de menores de edad. Fijó edades de imputabilidad, estableciendo la inimputabilidad hasta los 14 años, una imputabilidad relativa de los 14 a los 16 años y una imputabilidad plena a partir de los 16 años cumplidos. Sobre el particular, explica Julio Martínez Vivot (1983)<sup>38</sup>:

La ley 21.338 modificó, en su momento, el sistema que fijara la ley 14.394, que había ubicado el régimen de imputabilidad en los 16 años, estableciendo un tratamiento especial para quienes entre este tope y los 18 años delinquieran y llevó tales edades a 14 y 16 años, respectivamente"

---

del menor; h) la ejecución diferencial según los resultados de ese examen; i) obligatoriedad del examen mental en ciertos casos; y j) la computación optativa para el juzgador de la reincidencia, que en el Código de 1921 era obligatoria. En conclusión, según la autora, distinguía en tres categorías de menores, basadas en la edad del sujeto y en la diferenciación de sus consecuencias jurídicas. Fellini Zulita. *Derecho Penal De Menores*. Editorial Ad Hoc. Bs.As. 1996.

<sup>38</sup> Martínez Vivot, J. J. (1983). *"Volver sobre la punibilidad de los menores. A propósito de la ley 22.803"*. (Ed.) Bs. As.: La Ley.

En 1980 durante el gobierno de facto del Gral. Jorge Videla se dicta la Ley 22.278, promulgada el 8 de agosto de 1980, que mantuvo los 14 años como punto de partida para el sometimiento al proceso, y extendió la posibilidad de no imposición de pena a través del tratamiento tutelar hasta los 18 años. Fue modificada por Ley 22.803.

Ambas normas hoy vigentes sientan las bases de un sistema penal tutelar en la Argentina previendo tanto para el niño que delinque como para el que se encuentra en situación de abandono el mismo tratamiento, condenándolo a su internación o encarcelación. La Ley 22.278 fue creada en un contexto de dureza política, así lo expresa el Dr. Gonzalez del Solar (h)<sup>39</sup> que explica la rudeza de esta norma de este modo:

... La criminalidad desatada por la guerrilla comunista durante los años '70, trajo consigo nuevas reformas al régimen penal vigente. La ley 21.338 redujo la imputabilidad a los 14 años, al modificar la ley 14.394, estatuyendo que la regulación especial se aplicara hasta los 16 años, edad ésta a partir de la cual los menores quedaban sujetos al régimen penal común, significativamente agravado por sus innovaciones en las figuras y penalidades (...) la minoridad quedó expuesta desde los 14 años a la pena de muerte, conminada para numerosos ilícitos frecuentes en un estado de conmoción interior que importaba falta de seguridad y desasosiego extremo...(Pág. 128)

En dicho contexto, no es difícil entender por qué la ley 22.278 fue considerada un avance, continúa González del Solar (h) en tal sentido:

---

<sup>39</sup> González del Solar, J. H. (1995). *“Delincuencia y Derecho de Menores”* (Ed.) Bs.As.: Depalma.

...Al estimar superada la actividad criminal de la guerrilla, y como un testimonio del reencuentro con distintos sectores de la sociedad, el Poder Ejecutivo Nacional encomendó a la Comisión integrada por Mario H. Pena, Alejandro Caride y otros prestigiosos especialistas, la elaboración de un proyecto para remozar el régimen penal de la minoridad que con su concreción dio a luz la ley 22.278.... (Pág. 129)

Podemos afirmar que con la sanción del Decreto/Ley 22.278 (1980) y su modificatoria nacida en mayo de 1983, Ley 22.803, en Argentina termina de definirse el sistema tutelar, unificando el trato del niño en conflicto con la ley penal respecto de aquel que se encontraba en situación de calle o abandono.

Se modifica así el régimen de punibilidad de menores estableciendo:

- La inimputabilidad absoluta hasta los 16 años
- La imputabilidad de los 16 a los 18, en los delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la Libertad, que no exceda de 2 años con multa o inhabilitación.

El Estado tutela a esos niños, encerrándolos en cárceles o institutos con el fin de limpiar a la sociedad de estos delincuentes menores que la arrastran a un campo de desorden e irracionalidad.

Con la reforma constitucional de 1994 se introduce el denominado bloque de constitucionalidad, integrado por Declaraciones, Convenciones y Pactos que garantizan los derechos humanos en el sistema internacional. Es así que, la norma estudiada nacida casi 15 años antes que la reforma constitucional, en el contexto antes descrito, sigue aún vigente contrariando la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, más precisamente las garantías de los artículos 16, 18, 19 y el art.75 inc. 22 que reconoce a la

Convención de los Derechos del Niño como integrante de dicho bloque de constitucionalidad.<sup>40</sup>

Afirmamos que la Ley 22.278 es inconstitucional por la forma de creación durante un gobierno de facto y el contenido de la misma que no se ajusta a la Convención de los Derechos del niño, a la que nuestra carta magna le otorga jerarquía Constitucional en su art. 75.inc 22.constituyendo parte del bloque de constitucionalidad.

Lo que hemos estudiado hasta el momento, nos permite ratificar que el nacimiento en un contexto histórico clausurado de derechos, provoca que la normativa nacional hace que no se respete al menor como persona en desarrollo de manera integral como lo hace la CDN, sino que por el contrario lo cosifica concediéndole al juez poderes extraordinarios sobre la vida del menor que está en conflicto con la ley penal. El menor es considerado “objeto de derecho” y no “sujeto de derecho” como lo establece la CDN.

Por lo expuesto, adherimos a la postura de Mary Belloff (2005) que indica como apropiado considerar que:

En un Estado democrático de Derecho, la Convención resulta el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado.

---

<sup>40</sup>Así el Art. 75 inc. 22 del C.N, establece que corresponde al Congreso: *Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.* *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; **la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.***

Ello sin perjuicio de que la adecuación de las legislaciones internas de los Estados parte a la Convención deberá tener en cuenta aspectos culturales propios<sup>41</sup>.

Resaltamos que ningún otro instrumento internacional de protección de derechos humanos, ha tenido el consenso y aceptación generado por la CDN, la razón se debe a que en todo el mundo el niño se considera la persona más vulnerable en relación con la violación a los derechos humanos.

## *2.2. El Paradigma del menor como objeto de Derecho. Crítica.*

El paradigma tutelar contemplaba al NNA como menor, haciendo referencia al minus, como más pequeño que otra cosa, tal lo referimos en el capítulo anterior. Esto en el ámbito legislativo significaba, que el niño por el solo hecho de ser niño, tenía menos poder de autodeterminación, por lo tanto era tratado como una persona disminuida, por la que había que decidir su vida.

En este sistema tutelar el juez fue empoderado como un órgano extra poder que podía resolver el destino del niño sin que sea oído y sin tener en cuenta la voluntad de sus progenitores.

En tal sentido se transforma al niño en un objeto de abordaje por parte de la justicia que decide sobre su proyecto de vida, tenga o no condena. Vale decir que el niño que nacía en circunstancias de abandono, ya sean estas ausencias de padres o con serios problemas económicos y sociales, el Estado como interventor lo asilaba en el Patronato tratándolo igual que al niño que estaba en conflicto con la Ley Penal. De esta forma se aniquilaba el proyecto de vida del menor,

---

<sup>41</sup>Mary Belloff, “*Los adolescentes y el sistema Penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual.*” Relevado en: [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica05.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica05.pdf)

confinándolo a la hecatombe de su vida, castigándolo por ser él y sus circunstancias.

El niño que delinquiró y el que no lo hizo, en este paradigma fueron privados de libertad y de todos los derechos y garantías procesales que le asistían a los menores por el sólo hecho de ser personas. El menor estaba a la merced del sistema penal rodeado de sentencias que lo castigaban doblemente por el delito cometido y por su situación de abandono. Así como lo expusimos en el Capítulo anterior lo entendió la CIDH en el caso Villagrán Morales<sup>42</sup>.

La Ley 22.278 del Régimen Penal de Minoridad se encuentra inmersa en el Paradigma Tutelar, que se caracteriza por:

- Contemplar a los NNA más vulnerables, a quienes etiqueta con el término “menor”.
- Este menor no es sujeto de derecho sino objeto de abordaje.
- El Estado interviene frente a los problemas económico-sociales que atraviesa el niño a través del Patronato, ejercido por el sistema judicial como un patrón que “dispone” de su vida.
  - Considera abandono, no sólo la falta de padres, sino también situaciones generadas por la pobreza del grupo familiar, pudiendo separarse al niño del mismo.
  - El juez puede resolver el destino del niño en dificultades sin oírlo y sin tener en cuenta la voluntad de los padres.
  - Para la doctrina de la situación irregular las llamadas leyes de protección de los niños por parte del Estado sólo plantean su protección a través de la regulación de los organismos judiciales (juzgados de menores) y administrativos centralizados (áreas de minoridad)<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> CIDH: Caso Villagrán Morales y otros contra República de Guatemala (1999). [Versión electrónica]. *Caso de los niños de la Calle. Relevado en:*  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap\\_rp\\_rep.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap_rp_rep.pdf)

<sup>43</sup>Es claro a través de la lectura de estas características entender, que el Niño, Niña y Adolescente es abordado desde el plexo normativo Nacional como un objeto bajo el paradigma

En el ámbito nacional, la Justicia Penal Juvenil se encuentra regulada por la Ley 22.278, que: "...refleja algunos desajustes con las prescripciones de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que en la práctica judicial hay que intentar compatibilizar para no desnaturalizar el sentido y alcance de dicha normativa constitucional..." (Sarradell, 2011), sobre dicha cuestión se ha expedido el Procurador General de la CSJN y la propia Corte en octubre de 2017...

La Corte requirió al Poder Legislativo, que en un plazo razonable adecue la legislación penal juvenil nacional, a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, debido a que la norma que rige la materia es el decreto-ley 22.278, y haciendo mención a lo establecido por la Corte Interamericana en el fallo "Mendoza"<sup>44</sup>.

### *2.3. El Control de Convencionalidad y Constitucionalidad de la legislación Interna.*

Antes de ingresar en el análisis de algunos artículos de esta norma, nos parece oportuno definir que es el control de convencionalidad. Jurídicamente, es el control al que están obligados tanto los jueces como cualquier autoridad administrativa, para determinar si un caso o normativa interna de un Estado se ajusta al derecho internacional. De esta forma se logra obtener una herramienta que garantice el respeto de los Derechos Humanos dentro del Estado, que debe ajustarse a lo determinado por la CIDH en el ámbito internacional.

Es decir, que la tarea consiste en juzgar en los casos concretos si un acto una normativa de derecho interno resultan contrarios a la CADH,

---

tutelar o irregular, en clara contradicción con la Convención de los derechos del Niño, que empodera al Niño, Niña y Adolescente como sujeto de Derecho bajo el paradigma Integral.

<sup>44</sup> CSJN, "A., C. J. sobre homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación", Relevado en: <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=yqzsmHDnxwUKogvs2AbnJ11Lc3Do1AwiXGF D4BQKg%3D&tipoDoc=sentencia&cid=251903>

disponiendo en consecuencia la reforma de dichas normas o prácticas, para la protección de los Derechos Humanos.

El artículo 2 de la CADH, habla del deber que tienen los Estados de ajustar su normativa interna a las normas internacionales y dice:

... Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades...

Nos parece valioso resaltar aquí que en la ceremonia de apertura del período extraordinario de sesiones del Tribunal de Brasilia, el 28 de marzo de 2006, el Presidente de la Corte IDH, expresaba:

...La Corte Interamericana no es un órgano de última instancia con respecto a los tribunales nacionales. Ni lo es, ni pretende serlo. Es complementaria de la jurisdicción interna y se atiene a esta misión, claramente establecida.

Le incumbe juzgar exclusivamente sobre la compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y las libertades consagrados en la Convención Americana y, eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En este sentido (...) es corte de convencionalidad, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales...

En el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”<sup>45</sup>, específicamente en el párr.124, la CIDH sostuvo:

...La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...

En Argentina los jueces de la Corte Suprema de Justicia deben conforme a las facultades que les asisten realizar no solo el control de constitucionalidad, sino también el control de convencionalidad lo que implica dar a los pronunciamientos Corte Interamericana de Derechos Humanos y a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos suma importancia para la protección de estos derechos Humanos. Se logra con esto la efectiva protección de los Derechos y garantías en el sentido del artículo 29 de la Convención Americana de

---

<sup>45</sup> Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

Derechos Humanos en cuanto a las normas de interpretación que establece lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

La Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos reconocidos en esta constitución, como las disposiciones contenidas por CIDH y las interpretaciones que realiza la Corte ID, conforman una matriz jurídica que producen la defensa y la realización de los Derechos fundamentales para toda persona por el solo hecho de ser persona.

Es indiscutible que todas las decisiones de la Corte Interamericana son de cumplimiento obligatorio para el Estado Condenado, de no ser así entraría en crisis todo el sistema

internacional, así lo manifiesta García Ramírez (2000)<sup>46</sup> cuando expresa:

...Si las resoluciones no se cumplen, todo el sistema tutelar internacional entra en crisis. El desprestigio le aguarda: un desprestigio que pudiera contaminar, en cascada, los sistemas nacionales y mellar la cultura de los derechos humanos, penosamente construida. De ahí que, en este punto, más que en otro cualquiera, se manifieste con evidencia la verdadera convicción de los Estados —es decir, de los gobernantes— y su proyecto político...

Para entender el funcionamiento del control de convencionalidad podríamos inferir que la Corte IDH fija un criterio estándar, y el control de convencionalidad deben realizarlo los jueces u órganos administrativos en los casos concretos que se les presenten. Estamos en condiciones de afirmar que es una manera de difundir la jurisprudencia de Corte IDH hacia los estados que ratificaron la CADH.

Finalmente referimos que el artículo 27 de la Convención de Viena establece la prohibición a los estados de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado, así lo manifiesta cuando regula el derecho interno y la observancia de los tratados, estableciendo:

“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

---

<sup>46</sup> García Ramírez, Sergio (2000), *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IIJ-UNAM, 2002, p.46.

Por su parte, el artículo 46 del mismo cuerpo legal agrega con respecto, las disposiciones del Derecho Interno concernientes a celebrar tratados:

- El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fé.

- 

Es claro por lo expuesto que todas las normas de derecho interno deben ajustarse a las Convenciones, que han sido ratificadas por el Estado.

### *2.3 El análisis del articulado de la Ley 22.278 a la luz del nuevo paradigma*

En este apartado realizaremos el análisis de los artículos de la ley 22.278 del Régimen Penal de Minoridad, que son inconstitucionales por vulnerar los artículos 16, 18, 19 y 72 inc.22 de la Constitución Nacional y la Convención de los Derechos del Niño.

La Ley 22.278 tuvo su origen diez años antes a la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, en la reforma constitucional de 1994. Su objeto parece ser la penalización del adolescente, por lo tanto se hace necesario adecuar dicha norma a la Convención de los Derechos del Niño.

La Ley 22.298 y su modificatoria 22.803 establecen en su artículo 1 la edad de punibilidad:

**No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de**

**delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.**

Texto conforme a la ley 22803. Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se haya abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador. (El resaltado nos pertenece)

Conforme a este artículo la ley establece rangos de imputabilidad como ya se vio al principio de este trabajo, estableciendo que hay: Menores imputables, Menores relativamente imputables, Menores inimputables.

Claramente esta primera parte de la norma es inconstitucional por vulnerar el derecho a la igualdad que establece el art. 16 de nuestra carta Magna, y también es violatoria de la CDN porque el art. 1 establece que se considera menor:

Para los efectos de la presente convención, **se entiende niño todo ser humano menor de 18 años de edad**, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. (El resaltado nos pertenece)

En el ámbito nacional, también encontramos el artículo 34 del Código Penal de la Nación Argentina, que no define la imputabilidad, pero describe las causas que hacen no punible a un delito, haciendo referencia a circunstancias

intelectuales o del obrar, pero sin tomar como condición de imputabilidad la edad, así el art en su inciso 1 señala:

No son punibles:

1º. El que no haya podido en el momento del hecho, ya sea por insuficiencia de sus facultades, por alteraciones morbosas de las mismas por su estado de inconsciencia, error o ignorancia de hecho no imputables, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

Este artículo del Código parece abordar la imputabilidad desde una perspectiva técnico- jurídico, pero nada dice sobre la edad de imputabilidad de un menor.

Siguiendo el análisis, podemos decir que el artículo estudiado ajusta la edad de imputabilidad al análisis cronológico de la edad del niño, y no a sus características madurativas que lo llevan a comprender o discernir sobre el resultado de sus actos.

Para el Dr. Eugenio R. Zaffaroni<sup>47</sup> la imputabilidad es:

La ausencia de impedimento psíquico para la comprensión de la antijuridicidad y corresponde su ubicación sistemática en el mismo nivel analítico en que se halla la posibilidad exigible de comprensión de la anti juridicidad. (págs. 109-120)

Dado que el derecho internacional había establecido claramente que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años de edad, en el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que,

---

<sup>47</sup> Zaffaroni, E. (1985) *“Manual de Derecho Penal Parte General”*, (Ed.) Barcelona: Ediar.

(...) desea recordar a los Estados Partes que han reconocido el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de acuerdo con las disposiciones del artículo 40 de la Convención<sup>48</sup>. Esto significa que toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores....<sup>49</sup>

Como puede verse desde lo ya abordado en este artículo estamos en condiciones de concluir que no es compatible este artículo con la CDN por afectar los arts.1, 37, 39 y 40<sup>50</sup> y vulnerar las garantías a la igualdad que establece nuestra Constitución Nacional en el artículo16.<sup>51</sup>

---

<sup>48</sup> García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IJ-UNAM, 2002, p.156.

<sup>49</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrafos 36 y 37. Citado por OEA, Op. Cit., P. 11.

<sup>50</sup> Convención Derechos del Niño: Artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.

Artículo 37: Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Artículo 39: Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de: cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

Artículo 40: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con este fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los

En la segunda parte del artículo 1 cuando establece:

En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Si de los estudios realizados resultare que el menor se haya abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

Aquí el artículo vulnera la Convención en su artículo 2 que obliga a los Estados a respetar garantizar en su jurisdicción los derechos, sin distinción

---

Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

<sup>51</sup> Constitución Nacional: Artículo 16. La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, etc. Y agrega en el segundo inciso de dicho artículo que los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición. La protección del niño es el mandato convencional, que poco tiene que ver con el artículo analizado que le da potestad al juez para disponer del menor cuando “el menor se haya abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta<sup>52</sup>”.

También vemos que la convención obliga a que todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales deben tener una consideración primordial, se atenderá será el interés superior del niño. El artículo analizado es contrario a este art. 2 de la CDN, porque atiende a una necesidad social, que es la de “disponer” del menor y no al interés superior del niño.

El artículo 2 de la ley 22.278, también hace referencia a la imputabilidad agregando en concordancia con el artículo anterior:

Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el artículo 1. Texto conforme a la ley 22.803. En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4. Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se haya abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

En el análisis de este artículo podemos observar que en su primera parte impone una imputabilidad relativa que enmarca a los menores de 16 a 18 años que no hayan incurrido en los delitos de acción privada o reprimidos con

---

<sup>52</sup> Art. 1 Ley 22.278.

pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación. Esta primera parte de esta norma vulnera el artículo primero de la convención. Podemos observar que la Convención de los Derechos del Niño obliga a los Estados parte a someterse y ajustarse a los principios básicos que expone, esto se observa en el artículo 2 inciso 1 de la CDN que establece:

- Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza ,el color, el sexo ,el idioma ,la religión, la opinión política o de otra índole ,el origen nacional, étnico o social ,la posición económica ,los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

- 

La última parte del artículo 2 de la Ley 22.278 dice que el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador. Ese poder de disposición que posee el juez en este artículo pasa por encima las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres. O en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.(art 5 CDN)<sup>53</sup>

Conforme a la convención el niño solo podrá ser separado de sus padres cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos

---

<sup>53</sup> Convención Derechos del Niño: Artículo 5 Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En cualquier procedimiento, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

De no respetarse esta norma se estarían vulnerando los derechos de los NNA que están amparados por el sistema integral de la Convención, en palabras de Mary Bellof <sup>54</sup>:

..El sistema que se aplica en la Argentina...no protege sino castiga; y castiga sin garantías ni derechos , porque la intervención estatal sobre menores imputados de delitos se justifica sobre la base de argumentos tutelares en lugar de argumentos represivo-sancionatorios, propios del derecho penal liberal...

El artículo 3 de esta norma agrega que actos de disposición podrá realizar el juez y describe en sus incisos que este podrá habilitar:

a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio;

b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor;

c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere. La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad.

---

<sup>54</sup> Beloff, M. (2002) "Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual". *Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires UBA. Relevado en:* [https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n6N1-October2005/061Juridica05.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica05.pdf)

Con la creciente instalación de un enfoque de Derechos Humanos, las normas comienzan a basarse en el interés superior del niño, eso hace que este artículo que pasaba inadvertido sea analizado con mayor profundidad. Como sostiene Guemureman<sup>55</sup>

...Así la reinterpretación del artículo giró sobre dos ejes: el “interés superior del niño y las medidas siempre revocables en su beneficio” y la “adecuada formación de aquél mediante la protección integral” que invitó a los magistrados a proponer la prevención especial y las medidas de tipo socioeducativo como finalidades inherentes al tratamiento tutelar.... (pag. 152)

En idéntico sentido, la jueza Berraz de Vidal en la Causa N° 6328/4, "Godoy, Ramón Alejandro s/ Recurso de Casación"<sup>56</sup> expresó:

"...La disposición provisional del adolescente durante la tramitación de la causa que ordena el artículo 3° de la ley citada - se refiere a la ley 22.278- cuyo desarrollo fundamenta la elección entre las tres alternativas que brinda el artículo 4°, debe procurar" la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Mientras su vigencia perdure, a esa breve descripción del designio del sistema especial debe necesariamente interpretársela acorde el derecho que afirma, con superior jerarquía, la Convención de los Derechos de Niño, obligando a los Estados a tratar al niño a quien se acuse o declare culpable de haber infringido leyes penales "de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en

---

<sup>55</sup> Guemureman.S. (2011). " *La Cartografía Moral De Las Prácticas Judiciales En Los Tribunales Orales De Menores. Los tribunales Orales en la Ciudad de Buenos Aires.*" Ed.: Buenos Aires. Editores del Puerto. Pág. 152

<sup>56</sup> Voto de la Jueza Amelia Berraz de Vidal en la Causa N° 6328/4, "Godoy, Ramón Alejandro s/ recurso de casación" (Sala IV de la Excma. Cámara Nacional de Casación Penal) 14/02/2005.

cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art.40.1).".

Propósito cuya responsabilidad comparten todas las instancias que integran el complejo tutelar, la judicial, comprometiendo su jurisdicción a la dirección y el control de su desarrollo (art. 3º, inciso a), ley 22.278); la técnico-administrativa, maximizando el ejercicio de sus disciplinas diagnósticas y de intervención, vigilantes de las respuestas del menor a los métodos, enfoques y actitudes adoptados y predispuestos a su gradual adecuación (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores - Reglas de Beijing -, Art. 1.6; ley 22.278, Art. 3 bis); el Ministerio Público de la Defensa, en sus dos papeles, activando esos cambios en caso de advertir su necesidad y garantizando ampliamente el debido respeto de los derecho del niño (Convención sobre los Derechos del Niño, Art. 40.2.b. II y Art. 40.2.b). III;Art .413CPPN;ley24.946,Art.51.iyArt.54ysiguientes)." (Sala IV de la Excm. Cámara Nacional de Casación Penal) 14/02/2005.

Este voto luego es citado en múltiples sentencias, y es trascendente ya que funda una correcta hermenéutica de la interpretación del artículo 3º:

“El Art. 3º de la ley 22.278 debe tener por objeto fomentar el sentido de la dignidad y el valor del menor, fortalecer o procurar que decida actuar con respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, con el fin de promover - de acuerdo a su edad - su reintegración a la sociedad, asumiendo una función constructiva en su comunidad.

De tal manera, aunando el contenido de esta norma constitucional con aquella del derecho interno, adquiere pleno sentido el sistema penal de menores y brinda un marco previsible sobre las decisiones que corresponde adoptar en cada caso concreto. Dicho de otro modo, para aquellos fines se ha instaurado, en nuestro orden positivo, el derecho penal de menores y a ese objeto deben estar enderezadas las medidas de coerción que se dispongan, según lo autorizado por el Art. 3° de la ley 22.278.<sup>57</sup>

El magistrado que entienda en la causa podrá disponer del menor si de los estudios realizados apareciera que el menor se haya abandonado, falta de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, podrá disponer definitivamente de él. Pero también esta facultad del juez se extiende a las personas de entre 16 y 18 años consideradas punibles, independientemente del resultado de la causa.

Es claro que a diferencia de lo que sucede en la CDN, esta ley no diferencia entre el niño imputado y el niño en situación de abandono, por causas que exceden su voluntad y por circunstancias que debido a su edad hacen imposible que pueda cambiar esa situación.

Nos preguntamos ¿Quién tiene respuesta a esa circunstancia?

Debemos decir que el juez parece tener respuesta decretando el encierro o la internación. Queda demostrado que el menor además de estar condenado socialmente, el juez se encarga de clausurarlo de derechos castigándolo doblemente por sus circunstancias y la peligrosidad que pueda presentar.

La convención distingue al niño en conflicto con la Ley penal del niño abandonado estableciendo para este último en el art 21 de la CDN que los niños que temporal o permanentemente privados de su medio familiar, o cuyo

---

<sup>57</sup> Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal departamental, Causa: “DOMINGUEZ, JORGE ADRIÁN S/ SENTENCIA CORRECCIONAL” (2013) Causa N° 2466/2515/2605. Relevado en: file:///E:/Documentos/Desktop/Ver%20sentencia%20(causa%20N%C2%BA%2029249).pdf

superior interés exija que no permanezcan en ese medio, tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado.

Agrega en el artículo 38 inc.1<sup>58</sup> que los Estados Partes se comprometen a respetar y velar por que a ningún niño se le imponga la pena capital, ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad. Agregando en el Art 37 inc. 2<sup>59</sup> que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda. Además obliga a que sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad.

En particular, se exige que todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales. El art.37 inc. 4 agrega todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un

---

<sup>58</sup> Convención Derechos del Niño: ARTÍCULO 38 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar porque se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. 29 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y de la Niña 2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades. 3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad. 4. De conformidad con las obligaciones emanadas del derecho internacional humanitario de proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

<sup>59</sup> Artículo 37: Los Estados Partes velarán por que: a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad; b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda; c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales; d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

Así lo entendió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Caso Mendoza y otros Vs. Argentina.”<sup>60</sup> Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013, cuando expuso:

...Este Tribunal destaca que el artículo 5.2 de la Convención Americana dispone que nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. En ese tenor, el artículo 37.inc.a) de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que los Estados velarán por que “ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes...

La Corte destaca que, enseguida, este artículo contempla que “no se impondrá la pena [...] de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”, con lo cual, ese instrumento internacional muestra una clara conexión entre ambas prohibiciones. Por otro lado, la Corte reitera que frente a niños, niñas y adolescentes privados de la libertad, el Estado debe asumir una posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño [...]. La condición de garante del Estado con respecto al derecho a la integridad personal le obliga a prevenir situaciones que pudieran conducir, por acción u omisión, a la afectación de aquél.

En este sentido, el Tribunal recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño reconoce “el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la

---

<sup>60</sup> CIDH: Fallo: “*Mendoza y otros Vs. Argentina*”. Sentencia 11 de mayo de 2013. *Relevado en:* [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_260\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf)

rehabilitación de la salud”, y compromete a los Estados a esforzarse “por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

Cuando proseguimos con el análisis de la norma estudiada nos encontramos que el artículo 3 bis agrega que será el Patronato de Menores el encargado de internar al menor, estableciendo que:

En jurisdicción nacional la autoridad técnico-administrativa con competencia en el ejercicio del patronato de menores se encargará de las internaciones que por aplicación de los artículos 1 y 3 deben disponer los jueces.

El art 4 de la norma estudiada da los requisitos para la imposición de pena y establece lo siguiente:

La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el artículo 2 estará supeditada a los siguientes requisitos:

- 1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.
- 2) Que haya cumplido dieciocho años de edad.
- 3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2.

Es de destacar en el análisis de este artículo que, el único requisito que se le exige es que haya sido declarado penalmente responsable, conforme a las normas procesales, esa es la condición sine qua non para que el menor quede a disposición del juez, luego podrá ser encerrado o internado aunque no haya cumplido los 18 años de edad.

El juez de acuerdo al comportamiento del menor y la impresión directa que recoja de su contacto con el menor puede absolverlo o reducirle la pena, pero para este caso no es necesario que el menor haya cumplido los 18 años. En estas circunstancias el juez podrá aplicar las facultades que le concede el art.3 ya analizado.

Nuevamente vemos vulnerado el artículo 37 inc. b de la CDN que establece que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

Es claro que al que se empodera es al juez tratando al menor como un objeto a disposición de este, que decide si tiene o no derechos, no hace hincapié esta ley de modelo tutelar en las necesidades del menor y cumplimiento de sus derechos. Sino que empodera al juez como dueño de la vida de un niño que la sociedad toda ha tratado como cosa sin buscar su integridad y el desarrollo de un proyecto de vida.

La regla 5.1 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing) señala que:

...El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito. Asimismo, la regla 17.1.a) indica que: “la respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”.

Esto se observa en el caso “Mendoza y otros Vs. Argentina” cuando la Corte Interamericana manifiesta:

... En ese sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño prevé que, cuando un niño haya sido declarado culpable por la comisión de un delito, tiene derecho a “ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”. En este sentido, la medida que deba dictarse como consecuencia de la comisión de un delito debe tener como finalidad la reintegración del niño a la sociedad. Por lo tanto, la proporcionalidad de la pena guarda estrecha relación con la finalidad de la misma.

El sistema previsto por el artículo 4 de la Ley 22.278 (...) deja un amplio margen de arbitrio al juez para determinar las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por personas menores de 18 años, tomando como base no sólo el delito, sino también otros aspectos como ‘los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez’. Asimismo, de la redacción del párrafo 3 del artículo 4 de la Ley 22.278 se desprende que los jueces pueden imponer a los niños las mismas penas previstas para los adultos, incluyendo la privación de la libertad, contempladas en el Código Penal de la Nación, como sucedió en el presente caso.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013: 98). En dicho caso, la Corte Interamericana ordenó al Estado argentino a “...ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil, y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013: 120).

En el Art. 5. de la Ley 22.278 se establece que:

Las disposiciones relativas a la reincidencia no son aplicables al menor que sea juzgado exclusivamente por hechos que la ley califica como delitos, cometidos antes de cumplir los dieciocho años de edad. Si fuere juzgado por delito cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos

hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente.

Parece poner un manto de piedad en el menor reincidente, que no le aplica las disposiciones de reincidencia por ser menor de 18 años, pero aclarando un paso atrás “cometido después de esa edad, las sanciones impuestas por aquellos hechos podrán ser tenidas en cuenta, o no, a efectos de considerarlo reincidente.”

Este artículo hace que el menor que es reincidente en su mayoría de edad se le adicionen los delitos que cometió en su minoría de edad, periodo de su vida en el que el Estado en vez de rehabilitarlo y educarlo para que tenga un proyecto de vida lo vuelve a clausurar en derechos y por incurrir nuevamente en conflicto con la ley penal con la aplicación de este artículo lo vuelve a condenar.

Dado que el derecho internacional habría establecido claramente que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años de edad, la Comisión considera que toda persona debe estar sometida a un régimen especial de justicia penal cuando del acervo probatorio en un determinado caso se desprenda que ésta no había alcanzado los 18 años de edad al momento de la presunta infracción de la ley penal.

En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que,

[...] desea recordar a los Estados Partes que han reconocido el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de acuerdo con las disposiciones del artículo 40 de la Convención<sup>61</sup>. Esto significa que

---

<sup>61</sup> Artículo 40: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. 2. Con este

toda persona menor de 18 años en el momento de la presunta comisión de un delito debe recibir un trato conforme a las normas de la justicia de menores<sup>62</sup>

Finalmente, la CIDH recomienda a los Estados Miembros que permitan aplicar las normas del sistema de justicia juvenil a personas que tienen 18 o más, por lo general hasta los 21, como norma general o como excepción<sup>63</sup>. En tal sentido, la Comisión alienta a los Estados Miembros a adoptar disposiciones en el derecho interno que regulen el juzgamiento y la ejecución de sanciones para jóvenes mayores de 18 años que hayan infringido la ley

---

fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular: a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron; b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley; ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa; iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales; iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad; v) Si se considerare que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley; vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado; vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento. 3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales. 4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

<sup>62</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párrs. 36 y 37. Citado por OEA, Op. Cit., P. 11.

<sup>63</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores. CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, párr. 38. Citado por OEA, Op. Cit., P. 11.

penal durante su minoridad a fin de que éstos no pasen al sistema de adultos por el mero hecho de haber cumplido los 18 años de edad.

Parece que en la “cuenta de vida” el niño DEBE al Estado y a la sociedad entera por haber nacido en circunstancias poco propicias que lo llevaron a delinquir, pesa mucho más que el HABER de derechos que debe garantizarle el propio Estado, dando como saldo un menor doblemente condenado, por las circunstancias y por la ausencia de garantías que el propio Estado debe asegurar desde su legislación. Todo hace pensar que la garantía de un proyecto de vida que DEBE otorgarle el Estado pasa a ser parte del DEBE del niño cuya justicia se encarga de cobrarle por tener en su pasado un haber de posibilidades inexistentes.

En este punto transcribo lo expuesto por la Corte interamericana de Derechos Humanos en el caso *Mendoza vs. Argentina*:

“A diferencia de un adulto, un niño no ha tenido la oportunidad completa de proyectarse académica o laboralmente para enfrentar los retos que imponen las sociedades actuales. Sin embargo, para la Corte es evidente que la imposición de la pena perpetua a estos niños y la falta de posibilidades reales de alcanzar la readaptación social les anuló la posibilidad de formar proyecto de vida alguno en una etapa determinante de su formación y desarrollo personal. Asimismo, dado que las víctimas fueron condenadas por delitos cometidos siendo niños a penas privativas de libertad, el Estado tenía la obligación de proveerles la posibilidad de educarse o entrenarse en un oficio, a fin de que pudieran readaptarse socialmente y desarrollar un proyecto de vida. En este sentido, la Corte considera que la manera más idónea para asegurar un proyecto de vida digno a (...), es a través de una formación que les permita desarrollar destrezas y habilidades idóneas para su autonomía, inserción laboral y convivencia social<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup>Mary Bellof sostiene “Se trata de responsabilidades propias y claramente diferenciadas; no más de irresponsabilidades, como en el sistema tutelar pre-Convención: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada y que funcionaba, también en este aspecto, como una profecía que se auto cumplía, ya que era incapacitante para todos los involucrados. Consideraba a ciertas familias socio- económicamente desaventajadas—aquéllas que encuadraban en la categoría de riesgo o, más modernamente, de disfunción familiar—como

El artículo 6 expresa:

Las penas privativas de libertad que los jueces impusieran a los menores se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos.

De este artículo podemos inferir que el menor debe cumplir su condena en un instituto especializado, esta norma denominaba de esta forma

---

incapaces de proveer a las necesidades no sólo materiales sino afectivas y educativas de sus hijos. Estas familias asumían esta caracterización y reclamaban al Estado, a través del juzgado de menores, que éste se ocupara de los hijos que ella había traído al mundo. El sistema tutelar toleraba también la incapacidad del Estado para desarrollar políticas sociales adecuadas para garantizar los derechos de los niños y sus familias y justificaba de ese modo hasta la eventual institucionalización de niños pobres marginalizados y con familias problemáticas. Finalmente, en la misma lógica, consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal, inimputables penalmente en este sentido —o no punibles, según algunas leyes tutelares, como la ley argentina—; pero al mismo tiempo no renunciaba a reaccionar frente a los que consideraba “peligrosos” o “potenciales delincuentes” y ejercía sobre ellos, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado, coacción material directa por tiempo indeterminado a través de las llamadas medidas tratamentales o medidas tutelares.”

Mary Bellof agrega “Frente a esa circunstancia fáctica, las normas internacionales proporcionan el piso mínimo sobre el que se debe montar la respuesta estatal en relación con este tema. Así, la respuesta surge del mandato obligatorio emanado de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y, en general, de todas las normas internacionales relacionadas con la justicia juvenil. Como se explicó al comienzo, la mayor parte de los países latinoamericanos se fijó como objetivo la adecuación de su derecho a las prescripciones de la Convención, a la que se debe complementar con todas las normas internacionales convencionales y no convencionales, regionales y universales, que provean elementos para configurar estos nuevos sistemas, sobre todo porque la Convención se caracteriza por un alto grado de ambigüedad en muchos temas.

En cambio, la nueva respuesta legal desarrollada a partir de la CDN en América Latina presupone la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo, con la asistencia del Estado cuando la requiera. Finalmente, los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica.

El tema de la responsabilidad es un tema central en las discusiones sobre reforma legal y seguridad ciudadana; sin embargo es una asignatura pendiente su comunicación clara en los medios. Es también un tema central en la redefinición del rol de todos los actores que participan del proceso penal juvenil. La responsabilidad es el punto de partida de un abordaje que considera al joven como sujeto de derecho. Es también el punto de encuentro de diferentes saberes—jurídicos y no jurídicos— que deben trabajar coordinadamente para que la intervención del sistema penal juvenil contribuya a disminuir los niveles de violencia en la sociedad. Por último, pero no por ello menos importante, la responsabilidad penal constituye, en el plano legal y paradójicamente, la garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciona sin exclusiones.”

al Patronato del Menor, pero si alcanza la mayoría de edad estando en cumplimiento de una pena debe finalizar dicha pena en un establecimiento para adultos.

La CDN establece en su art 37 inc. b que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevarán a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

Con respecto a esto la Corte Interamericana de Derechos Humanos se expidió en el caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004 sosteniendo que:

Además, cuando se estime que la prisión preventiva es procedente en el caso de niños, ésta debe aplicarse siempre durante el plazo más breve posible, tal como lo establece el artículo 37.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño que dispone que los Estados Partes velarán porque: Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda [...].

La CDN obliga a los Estados Partes que el niño que haya infringido la ley penal sea tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad. El artículo 6 es contrario a los arts. 37 inc. b de la Convención y al art 40 que establece un trato diferencial para el menor.

Desde el punto de vista legislativo este artículo de la CDN se complementaría con el art.411 del Código Procesal Penal de la República Argentina que dispone:

La detención de un menor sólo procederá cuando hubiera motivos para presumir que no cumplirá la orden de citación, o intentará destruir los rastros del hecho, o se pondrá de acuerdo con sus cómplices, o inducirá a falsas declaraciones.

En tales casos el menor será alojado en un establecimiento o sección especial, diferentes a los de mayores, donde se lo clasificará según la naturaleza y modo de ejecución del hecho que se le atribuye, su edad, desarrollo psíquico y demás antecedentes y adaptabilidad social.

Toda medida a su respecto se adoptará previo dictamen del asesor de menores.

En este artículo se advierte que se procederá a la detención del menor solo para asegurar la diligencia del proceso. La privación de libertad que puede ser por internación es preventiva como medida cautelar tiene como objeto tutelar al menor protegerlo y reinsertarlo en la sociedad.

Pero la CDN en su art. 37 señala que la privación de libertad se utilizará como último recurso y por el período más breve posible:

[...] todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana...estará separado de los adultos...tendrá derecho a mantener contacto con su familia...tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada.

Asimismo el artículo 25<sup>65</sup> reconoce el derecho del niño -que ha sido internado en un establecimiento para niñas y jóvenes- a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación. Incluso en el artículo 40 de la

---

<sup>65</sup>CDN. Art 25: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que esté sometido y de todas las demás circunstancias propias de su internación.

Convención se habla de “*proporcionalidad*” respecto a las medidas de protección que el Juez impone al menor, la cual debe ser apropiada para su bienestar y debe guardar proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.

Como expone la jurista Mary Bellof:

Finalmente, en la misma lógica, consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal, inimputables penalmente en este sentido —o no punibles, según algunas leyes tutelares, como la ley argentina—; pero al mismo tiempo no renunciaba a reaccionar frente a los que consideraba “peligrosos” o “potenciales delincuentes” y ejercía sobre ellos, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado, coacción material directa por tiempo indeterminado a través de las llamadas medidas tratamentales o medidas tutelares.

En cambio, la nueva respuesta legal desarrollada a partir de la CDN en América Latina presupone la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños.

Como podemos observar la CDN no distingue entre privación de libertad e internación y reconoce garantías específica para el caso que el menor de 18 años se encuentre en tal situación.

En consonancia con lo expuesto, las Reglas de Beijing establecen que: “todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto” (regla 2.2.a). Y cuando se mencionan los objetivos de la justicia de menores dice que “el sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes, será proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito” (regla 5.1).

Con relación a la detención provisional, la regla 13, que se titula “Prisión Preventiva”, determina que se aplicará como último recurso y durante el plazo más breve posible, haciendo la salvedad de que “siempre que sea posible se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva...los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los

derechos y garantías previstos en las Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”, incluso, la regla 19 habla del carácter excepcional del confinamiento en establecimientos penitenciarios, insistiéndose que esta medida siempre se utilizará como último recurso y por el más breve plazo posible. Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, dispone que la privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales.

La detención del menor o su internación son recursos de última ratio, través de éste precepto, el legislador pretende no solo no proteger el interés superior del niño, sino tampoco hacer responsable al Estado de “proyecto de vida”.

Para cerrar el análisis de este artículo podemos decir que la Ley 22.278 modificada por ley 22.803 establece un régimen preventivo tutelar, y un régimen punitivo especial conforme lo estableció la Cámara Criminal y Correccional en el fallo “Romano Edgardo y otros s/robo calificado”<sup>66</sup> del 26 de febrero de 1996, a saber:

“Los menores de edad se hallan excluidos de los beneficios de la libertad bajo caución, puesto que respecto de ellos rige la ley nacional 22.278 (modificada por la ley 22.803) que establece un régimen preventivo tutelar y punitivo especial, aplicables a menores sometidos a proceso y por el CPMP que en su art. 689 establece como principio la inaplicabilidad de las disposiciones sobre detención y prisión preventiva en los procesos seguidos contra menores de 16 a 18 años de edad. No corresponde aplicar las disposiciones excarcelatorias a los menores de 18 años sometidos a proceso” (Cámara Criminal y Correccional. Río Gallegos, 26/2/96,).

El artículo 7 de la norma establece:

Respecto de los padres, tutores o guardadores de los menores a que se refieren los artículos 1 y 2, el juez podrá declarar la privación de la patria

---

<sup>66</sup> Fallo Cámara Criminal y Correccional Río Gallegos: “Romano Edgardo y otros s/robo calificado”(1996)

potestad o la suspensión, o la privación de la tutela o guarda, según correspondiere.

En este punto la norma demuestra otra de las potestades que posee el juez, que puede separar al niño de sus padres privándolos o suspendiendo a estos de la patria potestad (responsabilidad parental), tutela, o guarda. Cabe destacar que en esa separación que hace del niño de su familia le quita responsabilidad a la misma sobre el niño.

La CDN promociona la no separación del niño de sus padres y el derecho de este como sujeto de Derecho a ser escuchado. Establece en su art. Artículo 9 1. :

Que los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, cuando tal separación sea necesaria en el interés superior del niño.

Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. En el inc. 2 agrega que se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. En el mismo sentido el art 12 inc 1 de la convención que se deberá garantizar al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

El inc2. agrega con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

En forma concordante ha dicho Mary Beloff<sup>67</sup>:

...la condición de sujeto de derecho de los niños determina algún nivel de responsabilidad específica. Si hay una palabra en la que es posible resumir a la CDN en una perspectiva diferente que la tutelar, ésta es responsabilidad; en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar de los niños. Se trata de responsabilidades propias y claramente diferenciadas; no más de irresponsabilidades, como en el sistema tutelar pre-Convención: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada y que funcionaba, también en este aspecto, como una profecía que se autocumplía, ya que era incapacitante para todos los involucrados. Y agrega....el derecho de los niños determina algún nivel de responsabilidad específica. Si hay una palabra en la que es posible resumir a la CDN en una perspectiva diferente que la tutelar, ésta es responsabilidad; en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar de los niños...

La Ley 22.278 norma deja al juez un gran poder de atribución interpretativa que aplicara la pena basándose en los comportamientos y antecedentes del menor, hace responsable al Estado de la definición del tratamiento tutelar del niño y de la separación del niño de su ámbito familiar. Este artículo deja en claro que no se tiene en cuenta el interés superior del niño, ni su derecho a ser oído, y respetado como lo afirma la CDN, siendo violatorio de los arts. 37 y 40 de la CDN<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Beloff, M. (2002) “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”. (*Presentación leída en el Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el primer semestre del año 2002*) Recuperado de: <http://docplayer.es/45258087-Penal-de-la-facultad-de-derecho-de-la-universidad-de-buenos-aires-en-el-primer-semester-del-ano-2002.html>

<sup>68</sup>Mary Beloff al analizar las responsabilidades del modelo tutelar y el de integración propuesto por la CDN entiende que: *Se trata de responsabilidades propias y claramente diferenciadas; no más de irresponsabilidades, como en el sistema tutelar pre-Convención: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada y que funcionaba, también en este aspecto, como una profecía que se auto cumplía, ya que era incapacitante para todos los involucrados. Consideraba a ciertas familias socio- económicamente desaventajadas—aquéllas que encuadraban en la categoría de riesgo o, más modernamente, de disfunción familiar—como incapaces de proveer a las necesidades no sólo materiales sino afectivas y educativas de sus*

Luego, el artículo 8 de la Ley 22. 278 establece:

Si el proceso por delito cometido por un menor de dieciocho años comencare o se reanudare después que el imputado hubiere alcanzado esta edad, el requisito del inciso 3 del artículo 4 se cumplirá en cuanto fuere posible, debiéndoselo complementar con una amplia información sobre su conducta. Si el imputado fuere ya mayor de edad, esta información suplirá el tratamiento a que debió haber sido sometido.

De dicha forma, desaparece la condición de garante tutelar que posee el Estado al cumplir el menor la mayoría de edad.

Cuando el menor alcance la edad de 18 años y en el caso en el cual previamente a alcanzar esa edad sea visto como penalmente responsable si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa. Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inciso 2. art4

Hasta la mayoría de edad la privación de libertad del menor que incurriere en delito hasta los dieciocho años, se hará efectiva de acuerdo a lo establecido en el art 6 de la ley 22.278, durante ese lapso, en institutos especializados para menores (artículo 10) pasando a establecimientos para adultos al cumplir la mayoría de edad (artículo 6).

El artículo 9 dice:

---

*hijos. Estas familias asumían esta caracterización y reclamaban al Estado, a través del juzgado de menores, que éste se ocupara de los hijos que él la había traído al mundo. En un sistema tutelar toleraba también la incapacidad del Estado para desarrollar políticas sociales adecuadas para garantizar los derechos de los niños y sus familias y justificaba de ese modo hasta la eventual institucionalización de niños pobres marginalizados y con familias problemáticas.”* Beloff, M. (2002) “Los adolescentes y el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en la Argentina actual”. (Presentación leída en el Seminario para Auxiliares Docentes de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el primer semestre del año 2002) Recuperado de: <http://docplayer.es/45258087-Penal-de-la-facultad-de-derecho-de-la-universidad-de-buenos-aires-en-el-primer-semester-del-ano-2002.html>

Las normas precedentes se aplicarán aun cuando el menor fuere emancipado.

La emancipación es el alcanzar la mayoría de edad en forma anticipada, de acuerdo al art. 27 de nuestro CCCN. Una de las características de la emancipación es la irrevocabilidad. La emancipación se alcanza por contraer matrimonio con autorización de los padres luego de cumplidos los 16 años. Pero también pueden emanciparse las personas con título profesional habilitante menores de 18 años, en este caso puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a su profesión según lo establece el art. 30 CCCN. Pero esos delitos no deben ser de acuerdo al art. 2 de la norma estudiada de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años con multa o inhabilitación.

El único requisito que parece reconocer este artículo es la edad de imputabilidad, y no su condición civil ante la sociedad, es decir que toma a esa persona en su condición de menor por su edad, cabe recordar que dicha edad se extendía en el momento de dictarse la norma a los 21 años. Esto se modifica con la Convención de Derechos del Niño que establece como menor a toda persona menor de 18 años.

El Art. 10 establece que:

La privación de libertad del menor que incurriere en delito entre los dieciocho años y la mayoría de edad, se hará efectiva, durante ese lapso, en los establecimientos mencionados en el artículo 6.

Es claro que la edad en la que debe incurrir en un delito el menor es de 18 a 21 años, en ese caso conforme al art. 6 de la norma estudiada las penas privativas de libertad que los jueces establezcan se harán efectivas en institutos especializados. Si en esta situación alcanzaren la mayoría de edad, cumplirán el resto de la condena en establecimientos para adultos.

Este artículo ha caído en desuso hoy porque la mayoría de edad es alcanzada a los 18 años y como hemos visto antes la Corte Interamericana de Derechos Humanos recomienda que la persona que comenzó a cumplir

condena siendo menor y cumpla la mayoría de edad no se la traslade a las cárceles de adultos. Así lo manifestó la Corte Suprema de Justicia Nacional, en un fallo del año 2010, respecto a la Ley Penal Juvenil nacional 22.278, en cuanto a la situación jurídica de niños, niñas y adolescentes y ante la omisión estatal en la adecuación legislativa e institucional a los postulados de la CDN, entendió que <sup>69</sup>:

... teniendo en cuenta que en las recientes oportunidades que el Tribunal ha tenido para expedirse sobre cuestiones de la justicia penal de menores, ha subrayado el objetivo primordial de la Convención de “proporcionar al niño una protección especial”, lo que importa reconocerlo como sujeto pleno de derechos y que los Estados deban dar “efectividad” a los concretos derechos, libertades y garantías que configuran esa “protección especial”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (artículo 4).<sup>70</sup>

En relación a la situación jurídica de niñas, niños y adolescentes, sometidos a proceso penal, la Cámara Nacional Criminal y Correccional, en el año 2004, en el caso Famoso Elizabeth, sostuvo que:

Del conjunto de normas que rigen el proceso penal seguido contra una persona menor de edad en nuestro país se desprende que cualquier medida que implique la reclusión de aquélla en un establecimiento de régimen cerrado del que no pueda ausentarse voluntariamente supone privación de la libertad (cualquiera sea el nombre que se le dé a la medida que así lo dispone: encarcelamiento preventivo, internación, etc.). Atento a ello, la persona sometida a dicha medida tiene derecho a que un tribunal competente controle la legalidad del encerramiento.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Fallo CSJ Causa n° 7537 – ‘García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/recurso de casación’ – CNCP – Sala III – 11/12/2007

<sup>70</sup>CSJN G, J. L Fallos 333:1053

<sup>71</sup>CNCC, Cámara Nacional de Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I. 17/03/2004, “Famoso, Elizabeth y otros/procesamiento e internación”.

Luego, el artículo 11 de la estudiada norma establece:

Para el cumplimiento de las medidas tutelares las autoridades judiciales de cualquier jurisdicción de la República prestarán la colaboración que se les solicite por otro tribunal y aceptarán la delegación que circunstancialmente se les haga de las respectivas funciones.

Es decir que cuando sean necesarias medidas tutelares sobre el menor las autoridades judiciales de cualquier jurisdicción de la República deberán prestarse colaboración.

Las medidas tutelares son los medios que dispone el juez de Menores, en ejercicio del Patronato del Estado, con respecto a los menores en situación irregular, tendientes a dispensarle protección y formación integral. Son potestades y funciones que le competen al Estado a través del tribunal de Menores.

Podemos distinguir medidas provisionales que las dispuestas al iniciarse las actuaciones y las definitivas. La disposición provisional implica la adopción de medidas tutelares en la etapa inicial de la intervención judicial y se decretan mediante conocimiento sumario, fundándose en la consideración de que el menor puede hallarse eventualmente en algunas de las situaciones de irregularidad. La misma permite al Juez ordenar las medidas pertinentes tendientes a la comprobación del delito, y los estudios de personalidad y socio ambientales en los que se fundará posteriormente la disposición definitiva. Por tal motivo, su carácter es provisional, preventivo, cautelar, debiendo limitarse en su extensión a lo indispensable, a fin de evitar que se vean conculcados derechos individuales y familiares. Finalizada la investigación, y producidos los informes técnicos ordenados durante la etapa anteriormente analizada, el magistrado puede proveer la disposición definitiva del mismo, previa audiencia con los representantes legales o de quien detenta la guarda. El art. 3 de la Ley 22.278 enumera en sus incisos las tres posibilidades de decisión del

órgano jurisdiccional, al disponer definitivamente (norma transcripta al iniciar el presente trabajo), estableciendo en su parte final, los modos de extinción de las medidas tutelares resueltas.

La finalidad de la que están imbuidas en la disposición definitiva, como la propia ley lo expresa, es "la adecuada formación del menor mediante su protección integral" (art. 3, inc. a, Ley 22.278).

Como podemos observar este artículo no hace partícipe al menor sino solo a las autoridades judiciales que pueden disponer del menor vulnerando el art. 40, inc. 1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, que expresa: "Se dispondrá de diversas medidas tales como el cuidado, las órdenes de Orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación familiar, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción".

Lejos está este artículo de la norma de la protección integral del niño, está más cerca de la disposición del menor.

También podemos decir ya finalizando este apartado respecto a la inconstitucionalidad de esta norma vulnera los principios constitucionales básicos.

La norma considera que "en relación a lo procesal, el aseguramiento cabal a niñas, niños y adolescentes de todas las garantías constitucionales de los adultos, y de todos los derechos y atribuciones con que éstos cuentan, con más los específicos por su estado de desarrollo" (Osio, 2014, pág.12. )

Infringe el principio de legalidad del artículo 18 de la Constitución Nacional que establece "Ningún habitante de la Nación podrá ser penado sin juicio Previo fundado en ley anterior al hecho del proceso."

Se observa que el menor queda a disposición del juez haya cometido o no un delito y puede ser encerrado solo por las circunstancias poco propicias que lo rodean, deja la norma así en claro que lo que se toma o incrimina es el estado del niño y no una conducta penal.

La garantía del juicio previo se ve afectada, ya que este recaudo exige la necesidad de la existencia de una sentencia judicial de condena firme para poder aplicar una pena a alguien, como hemos demostrado al menor se le impone una pena sin sentencia condenatoria.

Ahora bien, siguiendo con el análisis podemos decir que la garantía del juicio previo se refiere al procedimiento previo o anterior a la sentencia judicial, de modo que le procure al juez elementos probatorios para determinar la imputación del menor, los hechos que demuestren que el menor es culpable y el sustento de su resolución estar dado por el sustento factico y la ley penal. Esta norma al otorgarle al juez semejante cantidad de atribuciones arrasa con esta garantía constitucional, dejando al menor tutelado en la desprotección total por parte del Estado.

En cuanto al derecho de Defensa en juicio que es la facultad que debería tener el menor de intervenir en el proceso penal que se lleva en su contra y de llevar a cabo todas las actividades que evidencien la falta de fundamento de la acusación. Esta garantía se excluye porque la potestad de intervenir solo la tiene el Estado que a través de los informes que solicita demuestra su potestad y excluye el interés superior del niño.

También se viola el principio de Inocencia ya que el menor siendo sobreseído o absuelto, es encerrado si sus circunstancias determinan su peligrosidad.

Así lo entiende Mary Belloff <sup>72</sup>cuando expresa:

Así, para la ley de Patronato los jueces nacionales en lo criminal y correccional ante quienes comparece un menor de 18 años acusado de un delito o víctima de éste, dispondrán preventivamente de él si se encuentra material o moralmente abandonado o en peligro moral (Art. 15 ley 10.903 y artículo 1º ley 22.278), no rigiendo a tales efectos las disposiciones legales

---

<sup>72</sup> Menichelli, M.M. (1983) "Algunas consideraciones en torno al actual régimen penal de menores". *Políticas de la Memoria N°15*. Ed. Centro de documentación e investigación de la cultura de izquierdas en la Argentina. *Relevado en:* [http://www.cedinci.org/PDF/PM/PM\\_15%20compilada.pdf](http://www.cedinci.org/PDF/PM/PM_15%20compilada.pdf)

sobre prisión preventiva -Art. 14 de la citada ley- El Art. 21 da cuenta de lo que debe entenderse por peligro y abandono moral y material.

También observamos vulnerado el principio de reserva del art 19 CN que sostiene que:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservados a Dios y exentas de la autoridad de los Magistrados.

Podemos decir que este principio se quebranta al otorgarle tantas potestades al juez para disponer provisoriamente o definitivamente del menor, por lo que es una persona menor de 18 años y no por la comisión de un delito y al realizar numerosos informes socios ambientales tanto sobre el menor como sobre su familia.

Así lo entiende Mary Belloff cuando escribe:

“El principio de reserva -Art. 19 de la Constitución Nacional- aparece claramente violentado en las normas bajo análisis, al atribuirse tanta discrecionalidad al juez para disponer provisoria o definitivamente del menor, no sobre la base de lo que hizo sino sobre la base de lo que es, y al confeccionarse innumerables diagnósticos e informes socio ambientales tanto sobre él como sobre su familia”.

Las garantías Constitucionales serán analizadas en el próximo capítulo con mayor profundidad, pero como conclusión de este apartado, podemos advertir que la Ley 22.278 es inconstitucional por vulnerar el arts.16, 18 y 19 de la CN y el 75 inc.22 y también quedo demostrado que no resiste el control de convencionalidad, porque no cumple con los requisitos mínimos exigidos por el derecho internacional.

### *Conclusiones Parciales:*

- Desde 1980 la Ley 22.278, mantuvo los 14 años como punto de partida para el sometimiento al proceso, y extendió la posibilidad de no imposición de pena a través del tratamiento tutelar hasta los 18 años y que fue modificada por Ley 22.803.
- Ambas normas hoy vigentes sientan las bases de un sistema penal tutelar en la Argentina previendo tanto para el niño que delinque como para el que se encuentra en situación de abandono el mismo tratamiento, condenándolo a su internación o encarcelación.
- El menor es considerado “objeto de derecho” y no “sujeto de derecho” como lo establece la CDN.
- La norma estudiada nacida casi 15 años antes que la reforma constitucional, sigue aún vigente contrariando la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, más precisamente las garantías de los artículos 16, 18, 19 y el art.75 inc. 22 que reconoce a la Convención de los Derechos del Niño como integrante del bloque de constitucionalidad.
- El Poder Judicial debe ejercer el ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, teniendo en cuenta no solamente el tratado o convención, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Estado cuando haya ratificado un tratado no podrá alegar que dicha norma viola el derecho interno, al menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

## CAPITULO 3

### *3. La Inconstitucionalidad de la Ley Nacional 22.278*

#### *3.1 La noción de inconstitucionalidad*

Para responder a la hipótesis de trabajo, lo primero que tenemos que definir es si la norma estudiada es inconstitucional por afectar las principales garantías constitucionales.

Comencemos definiendo que es la inconstitucionalidad. El mismo término parece darnos el puntapié inicial, “lo que es no constitucional”, es decir, lo que atenta contra la norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico.

Kelsen en su obra “La Teoría Pura del Derecho” (1960), postula una jerarquización jurídica en la que toda norma tiene su validez y vigencia a raíz de una norma superior. Esa norma superior es la Constitución, que tiene su fundamento en una norma básica fundante, así lo manifiesta Hans Kelsen<sup>7374</sup> en su obra “Teoría Pura del Derecho”:

...La norma fundante básica es la instauración del hecho fundante de la producción del derecho, y puede ser designada, en este sentido, como constitución en sentido lógico-jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo. **Es el punto de partida de un proceso: el proceso de la producción del derecho positivo.** No es ella misma una norma impuesta

---

<sup>73</sup> Kelsen, H. (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Bs. As. : Ed. Eudeba. Pag.225

por la costumbre, o por el acto de un órgano de derecho; **no es una norma impuesta, sino presupuesta, en tanto la instancia constituyente es vista como la autoridad suprema** y, en consecuencia, en tanto no puede ser vista como facultada para dictar la constitución por una norma establecida por una autoridad aún superior (El resaltado nos pertenece)...

La doctrina de la supremacía constitucional apunta a la preexistencia de dos factores de suma importancia, esto es, la presencia de un sistema garantista por un lado, y por otro, que exista un control amplio de constitucionalidad.

El hito del control constitucional lo constituye el *leading case* “*Marbury vs. Madison*”<sup>75</sup>, en virtud del cual, se otorga al Poder Judicial una

---

<sup>75</sup>Conviene mencionar es que el ponente en el caso *Marbury* (para abreviar) fue John Marshall, tal vez el más importante juez en la historia de la Corte Suprema de Estados Unidos. Marshall asumió la Presidencia de la Suprema Corte en 1801, en un contexto en que el Poder Judicial se encontraba devaluado y carecía de protagonismo. Durante un tiempo, además Presidente de la Corte, Marshall fue a la vez Secretario de Estado del presidente John Adams, del partido federal. Justo antes de que Adams deje la presidencia, para ser relevado por Thomas Jefferson (del partido republicano), el gobierno del partido federal designó a varios jueces de paz. Este proceso de designación involucraba el nombramiento por parte del Presidente con la posterior ratificación del Congreso; tras ello, correspondía, como acto de perfeccionamiento formal, que el documento de nombramiento sea sellado y remitido por correo por el Secretario de Estado (cargo que, hasta el momento de los mencionados nombramientos, tenía Marshall). Lo cierto es que William Marbury fue nombrado juez de paz casi el último día de gobierno del partido federal y a John Marshall no le alcanzó el tiempo para sellar o enviar todos los nombramientos que acaban de hacerse, entre ellos el de Marbury. Ante ello, el nuevo Secretario de Estado nombrado por Jefferson, James Madison (uno de los coautores de *El Federalista* y quien luego llegaría a ver presidente de los Estados Unidos), se negó a sellar y a distribuir las credenciales pendientes, e incluso eliminó las plazas de juez creadas por Adams. William Marbury, seguramente sin imaginar lo que resultaría de ello, presentó un *mandamus* pidiendo al nuevo Secretario de Estado que le envíe su nombramiento, el cual ya estaba sellado. Este pedido, en aplicación de una disposición de la *Judiciary Act* (equivalente a nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial), llegó directamente a la Suprema Corte. Al resolver, la Corte (y especialmente Marshall, quien, como señalamos antes, era tanto *Chief Justice* del Tribunal como ponente de la causa) resolvió que, aunque era cierto que le asistía un derecho a Marbury y que este merecía tutela, la ley que habilitaba a la Suprema Corte a resolver un *mandamus* como el presentado contravenía lo dispuesto por la Constitución. Más específicamente, señaló que si bien la *Judiciary Act* habilitaba a la Corte Suprema para conocer algunos *mandamus* en primera instancia (con competencia originaria), dicha competencia legal resultaba inconstitucional, pues no se ajustaba a lo dispuesto por la Constitución (que disponía que, salvo algunos pocos supuestos, la Corte Suprema solo ejercía competencia “por apelación”). En esta línea, y con independencia de la situación de Marbury (a quien finalmente no se le tuteló el derecho), la Corte sostuvo que la Constitución establecía límites para los poderes públicos, los cuales no podían ser rasados por estos, prohibición que había sido desatendida por el Congreso al dar la *Judiciary Act*. Y lo más relevante: precisó que cuando una ley se opone a la Constitución esta deja de ser válida y, siendo así, declaró que la ley que establecía la competencia de la Suprema para que esta resuelva *mandamus* de manera directa no podía ser aplicada, por ser inconstitucional.

atribución de veto sobre los actos de los otros dos poderes, lo que robustece los frenos y contrapesos, principio básico del sistema republicano. Se afirma en él que la constitución es la ley suprema.

El fallo establece que la Constitución es superior a cualquier disposición ordinaria de la legislatura y por ello, se debe prescindir de aplicar la ley inconstitucional.

En el Derecho Constitucional argentino, la doctrina de la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad ha cobrado vigencia a través de la jurisprudencia que la hecho efectiva. Podemos remontarnos en el tiempo al fallo del 5/12/1865 “Domingo Mendoza contra Provincia de San Luis”<sup>76</sup> causa en la que la Corte Suprema de Justicia, se expide sosteniendo:

...La Constitución Argentina en el art.31, dispone que esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso, y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y/o las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales...

En relación específica con la CDN, ha sentado jurisprudencia nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Ekmekdjian c/ Sofovichs”<sup>77</sup> del 7 de julio de 1992 y La cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial “Servini de Cubría, María Romilda s/ Amparo”<sup>78</sup> del 8 de

---

<sup>76</sup> CSJN: “*Domingo Mendoza y Hermano c. Provincia de San Luis*”- (1865) - Fallos: 1:485. Recuperado de : <http://www.eco.unlpam.edu.ar/objetos/materias/abogacia/5-ano/finanzas-y-derecho-financiero/jurisprudencia/PRINCIPIOS%20SUSTANCIALES/D>

<sup>77</sup> Fallo CSJN: “*Ekmekdjian c/ Sofovich*” (1992). Recuperado de: [https://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/fallo\\_ekmekdjian\\_miguel\\_a.\\_c.\\_sofovich\\_gerardo\\_y\\_ot.\\_corte\\_suprema\\_de\\_justicia\\_de\\_la\\_nacion.\\_1992.pdf](https://perio.unlp.edu.ar/catedras/system/files/fallo_ekmekdjian_miguel_a._c._sofovich_gerardo_y_ot._corte_suprema_de_justicia_de_la_nacion._1992.pdf)

<sup>78</sup> Fallo . Camara Nac. De Apelaciones En Lo Civil Comercial Federal: “*Servini de Cubría, María Romilda s/ Amparo*” (1992). Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/camara-nac-apelaciones-civil-comercial-federal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-servini-cubria-maria-romilda-amparo-fa92030266-1992-07-03/123456789-662-0302-9ots-eupmocsollaf?>

septiembre de 1992, dejando en claro que las normas sobre los tratados sobre los derechos humanos, son directamente operativas, en la medida que están dirigidas a una situación de la realidad en la que pueden actuar inmediatamente sin necesidad de instituciones que tenga que dictar el Congreso.

Así también lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”<sup>79</sup> cuando declaró la inconstitucionalidad de la norma estudiada y expuso:

Vale aclarar que en contra de lo estipulado por la CDN, **el decreto ley 22.278 permite la intromisión inconstitucional por parte del Estado, dentro de la vida de las personas de la franja de 0 a 18 años**, al estar habilitada la disposición discrecional por parte del juez de menores, sin siquiera considerar si el hecho realmente ocurrió o si el joven participó en el hecho investigado, **claramente vulnerando las garantías del debido proceso, derecho penal de acto, principio de inocencia, entre otras...**” (el resaltado nos pertenece)

En idéntico sentido, en el caso “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537 con respecto a la ley 22.278 cuando expuso:...

No obstante hasta tanto se sancione un régimen penal juvenil acorde a los estándares internacionales, **debemos interpretar este decreto ley 22.278 en consonancia con el principio pro homine en virtud del cual el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional.** Considerando que se debe acudir a la norma más amplia, o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a

---

<sup>79</sup>. Fallo CSJ: “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537” Recurso de Hecho.  
Recuperado de: <https://docplayer.es/85091737-G-xliv-recurso-de-hecho-garcia-mendez-emilio-y-musa-laura-cristina-s-causa-n-7537.html>

la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos. Por ello, podemos afirmar que el Estado renunció a la facultad de perseguir penalmente a las personas menores de 16 años de edad. En el caso de marras, al disponer una medida de seguridad restrictiva de la libertad a una persona no punible por la edad, (menor de 16 años), claramente se vulnera la interpretación constitucionalizada arriba efectuada del Art. 1 de la ley 22.278, y se debe decretar su inconstitucionalidad... (El resaltado nos pertenece)

Así es que, el fundamento del control de constitucionalidad se encuentra en nuestra Carta Magna en el Artículo 116 que establece:

Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de **todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución**, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros: de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero (el resaltado me pertenece)

En la actualidad la CDN se integra al bloque constitucional y cualquier ley nacional o provincial que la contradiga en su contenido, es inconstitucional. Así vemos que la ley en análisis, vulnera las garantías del Artículo 16 de la CN:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Podemos observar que dicha normativa cuando divide en categorías cronológicas la edad de imputabilidad del menor, no posee un fundamento psicológico para ayudar a la comprensión del acto incriminatorio. Vemos que se otorga un trato diferencial a niños y adolescentes, con la única finalidad de someterlos a un régimen penal en el que les son retaceados todos sus derechos y garantías constitucionales.

Por su parte, el artículo 18 de la CN sostiene:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrito de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice.

Coincidimos con Mary Beloff<sup>80</sup>, al afirmar que la ley 22.278 entra claramente en conflicto con las garantías constitucionales básicas:

Idénticos problemas aparecen con la garantía de juicio previo, que imponen a la necesidad de la existencia de una sentencia judicial de condena firme para poder aplicar una pena a alguien, ya que como ha quedado demostrado, la Respecto a la garantía de juicio penal previo, dice Beloff: "(...) Ésta alude al procedimiento previo a la sentencia supuesto a la ley fundamental, tal que precisamente le procure los elementos para la decisión del tribunal respecto de la imputación deducida, esto es, los elementos que le permitan construir, sobre todo la premisa fáctica donde apoyar su resolución, aplicando la ley penal o prescindiendo de su actuación. Ello acontece también con el derecho de defensa en juicio que comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reactivación penal en su contra y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluye o atenúe...

Podemos decir que, la garantía del juicio previo se ve afectada porque ningún ciudadano puede ser penado sin juicio previo, esto lo hace la Ley 22.278 cuando le otorga facultades al juez para que disponga el encierro del menor aunque este no haya delinquido. Como ya expuso anteriormente, el juez incrimina al NNA por sus estados y no por conductas tipificadas en una ley penal que posean una sanción determinada. El juez toma una medida provisoria, hasta que cumpla los 18 años, de corte tutelar, para custodiarlo, protegerlo y resocializarlo, incluso puede suspender la responsabilidad parental. Debemos agregar que la decisión del juez no es apelable con lo que además se vulnera la garantía de la doble instancia.

---

<sup>80</sup> Beloff, M. "Constitución y Derechos del Niño" (2005). *Separata de "Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier"*. Editores del Puerto, Buenos Aires. Pag. 790. *Relevado en:* <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina30896.pdf>

Es decir, el menor no puede ser castigado sin haber sido previamente juzgado y sentenciado mediante el debido proceso. El NNA debiera ser acusado de un hecho ilícito concreto, y tener la oportunidad de defenderse alegando sus derechos y presentando las pruebas que tenga para demostrar su inocencia. En base a todos estos elementos el juez decidirá sentenciarlo o absolverlo, al menor solo en el primer caso el menor podría determinar su encierro.

La Ley 22.278, también vulnera la Defensa en juicio del NNA, porque esta norma lo imposibilita de hacer lo necesario para defenderse. El juez arbitrariamente puede decidir sobre su proyecto de vida, y el menor no haber podido ser oído o ni siquiera haberse enterado de cuál era su situación. El menor sufre un menoscabo absoluto ya que no tiene la más mínima posibilidad de hacer valer sus Derechos, frente a la excesiva discrecionalidad que tiene un juez de menores.

De conformidad a la Ley 22.278, sea cual sea el resultado final del proceso, el juez puede, si lo cree necesario y a modo de proteger a la sociedad de su peligrosidad, disponer del menor en forma definitiva.

Por su parte, el artículo 19 de la C.N. sostiene que:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún Habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

La primera parte de este artículo que sostiene las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Creemos que claramente se vulnera este principio cuando la norma en análisis en su artículo 1 sostiene que la

autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre. Claramente le confiere al juez potestades para inmiscuirse en la vida del menor, sin respetar su privacidad excusándose en que es un minus que hay que proteger.

Esto también se observa cuando la norma sostiene que en caso de ser necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable. Y continua, si de los estudios realizados resultare que el menor se haya abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador.

En la segunda parte del artículo 19 se sostiene que *ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe* claramente todo lo que no está prohibido, está permitido, cuando la norma impone edades de imputación de penas está vulnerando además este principio.

Mary Beloff prosigue,

El principio de reserva -Art. 19 de la Constitución Nacional- aparece claramente violentado en las normas bajo análisis, al atribuirse tanta discrecionalidad al juez para disponer provisoria o definitivamente del menor, no sobre la base de lo que hizo sino sobre la base de lo que es, y al confeccionarse innumerables diagnósticos e informes socio ambientales tanto sobre él como sobre su familia.

Desde nuestra visión y como ha podido demostrarse la Ley 22.278 es inconstitucional por vulnerar los arts 16, 18 y 19 de nuestra carta magna. Es inconstitucional por ser contraria al bloque de Constitucionalidad del artículo

75 inc.22, que jerarquiza a la CDN incumpliendo con esta norma internacional. La CDN recordemos que su artículo 4 establece la obligación de los Estados parte de garantizar la aplicación de la CDN, como ya fue referido en el Cap. 2.

▪ Es claro que todas las normas constitucionales o de Derecho interno deben ajustarse a las Convenciones, que han sido ratificadas por el Estado.

Para concluir este apartado podemos sostener que si bien los jueces no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la que encuentren aplicación las normas eventualmente en pugna con la Constitución Nacional, sí tienen la potestad y el deber de mantener la supremacía constitucional, prerrogativa que se resume en el adagio *latino iura novit curia*.-

Este principio concede a los jueces la facultad de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erróneamente, y conlleva la obligación de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión comparándolas con el texto de la Constitución, a fin de mantener la jerarquía normativa del orden jurídico argentino.-

### *3.2 La vulneración del bloque de constitucionalidad*

Como expusimos antes, existe lo que denominamos el “control de convencionalidad”, definido como el control al que están obligados tanto los jueces como cualquier autoridad administrativa, para determinar si un caso o normativa interna de un Estado se ajusta al Derecho Internacional.

Sostuvo el Máximo Tribunal, de la CIDH<sup>81</sup>

...debe tenerse presente que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos

---

<sup>81</sup> Fallos 315:1492

administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que pueda operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso. La interpretación según la cual toda persona ´tiene derecho a...´despeja la duda sobre la existencia de la alegada operatividad.

El ordenamiento jurídico argentino en virtud de la reforma Constitucional de 1994 encuentra en el artículo 75 inc.22 la forma de crear el denominado bloque de constitucionalidad compuesto por once instrumentos de Derechos Humanos, a los cuales dicho artículo les da jerarquía constitucional.

En la cúspide de la pirámide normativa se encuentra la Constitución Nacional y los once instrumentos de Derechos Humanos, entre los que encontramos la CDN.-

Así lo expresa el jurista constitucionalista Bidart Campos<sup>82</sup>:

...En otras palabras, fueron las propias normas constitucionales las que invitaron a ciertas normas convencionales internacionales a compartir la cúpula del orden jurídico local, y no éstas últimas, las que impusieron a las primeras la jerarquía constitucional. La constitución continúa siendo, en esta inteligencia, la norma fundante, esto es, la norma que con figura todo el sistema que determina que jerarquía tienen normas no constitucionales como las normas convencionales internacionales. En esta particularidad radica su supremacía que da sustento la constitución ha renunciado a ejercer en soledad

---

<sup>82</sup> Fallo Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal: *“Incidente de Incompetencia en autos: G.F.D. y O. S/ expediente tutelar”*(2006). Sala I de la Cámara - Registro N: 1344 - Causa N° 39.520 Juzgado Federal N° 11 – Secretaría N° 21. Recuperado de: [www.google.com.ar/search?q=DECLARACIÓN+DE+INCONSTITUCIONALIDAD+DE+LA+LEY+22.278&rlz=1C1GGGE\\_esAR595AR595&oq=DECLARACIÓN+DE+INCONSTITUCIONALIDAD+DE+LA+LEY+22.278&aqs=chrome..69i57.3319j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8](http://www.google.com.ar/search?q=DECLARACIÓN+DE+INCONSTITUCIONALIDAD+DE+LA+LEY+22.278&rlz=1C1GGGE_esAR595AR595&oq=DECLARACIÓN+DE+INCONSTITUCIONALIDAD+DE+LA+LEY+22.278&aqs=chrome..69i57.3319j0j9&sourceid=chrome&ie=UTF-8)

la función de concordancia, ha renunciado a ser fuente única de la validez jurídica del resto de las normas que forman parte del sistema...

Al respecto, la CIDH la Opinión Consultiva sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño<sup>83</sup> resaltó que:

...el Estado tiene la obligación de elaborar programas de prevención del delito. El internamiento de niños sin que hayan cometido una falta y sin respetar las garantías del debido proceso, constituiría una violación a los artículos 7º y 8º de la Convención Americana, al artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, a la Constitución y al principio fundamental en el Derecho penal de *nulla poena sine lege* ... Además, para la detención de niños deben darse condiciones mucho más específicas en las que resulte imposible resolver la situación con cualquier otra medida....

En idéntico sentido, Diego Tatarsky, Juez Correccional y Profesor de la Universidad Kennedy<sup>84</sup>, afirma que:

...en 1994 con la reforma de la Constitución Nacional, se le ha otorgado rango constitucional a la CDN (...) la administración de justicia de menores debe entenderse conforme toda la gama de instrumentos de la que Argentina forma parte”, en este sentido, “no se la puede entender dissociada de la política social de nuestro país.

Asimismo, el artículo 2 de la CADH, habla del deber que tienen los Estados de ajustar su normativa interna a las normas internacionales y dice:

---

<sup>83</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión consultiva OC-17/2002, 28/08/2002).

<sup>84</sup> Tatarsky, Diego, *“La problemática no se resuelve con un número, con bajar la edad de imputabilidad, ni subirla, debe entenderse como parte de la política social”*. Relevado en: <https://www.kennedy.edu.ar/noticia/debate-por-la-baja-de-la-edad-de-imputabilidad/>

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Siguiendo el mismo lineamiento normativo la CDN establece en su artículo 4:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

En la ceremonia de apertura del período extraordinario de sesiones del Tribunal de Brasilia, el 28 de marzo de 2006, el Presidente de la Corte IDH<sup>85</sup>, expresaba:

La Corte Interamericana no es un órgano de última instancia con respecto a los tribunales nacionales. Ni lo es, ni pretende serlo. Es complementaria de la jurisdicción interna y se atiene a esta misión, claramente establecida. Le incumbe juzgar exclusivamente sobre la

---

<sup>85</sup>CIDH: Caso: del centro penitenciario región capital Yare I y Yare II (cárcel de Yare). (2006) Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/penitenciariorregion\\_se\\_01.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/penitenciariorregion_se_01.pdf)

compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y las libertades consagrados en la Convención Americana y, eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En este sentido (...) es corte de convencionalidad, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales.

En idéntico sentido, la CIDH, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*<sup>86</sup>, específicamente en el párr.124, sostuvo:

...La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...

En Argentina los jueces de la Corte Suprema de Justicia deben conforme a las facultades que les asisten realizar no solo el control de constitucionalidad, sino también el control de convencionalidad lo que implica dar a los pronunciamientos Corte Interamericana de Derechos Humanos y a los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos suma

---

<sup>86</sup> CIDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. (2006). Recuperado de : [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

importancia para la protección de estos Derechos Humanos. Se logra con esto la efectiva protección de los Derechos y garantías en el sentido del artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos en cuanto a las normas de interpretación que establece lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

La Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos reconocidos en esta constitución, como las disposiciones contenidas por Comisión IDH y las interpretaciones que realiza la Corte IDH, conforman una matriz jurídica que producen la defensa y la realización de los Derechos fundamentales para toda persona por el solo hecho de ser persona.

Es indiscutible que todas las decisiones de la Corte Interamericana son de cumplimiento obligatorio para el Estado Condenado, de no ser así entraría

en crisis todo el sistema internacional, así lo manifiesta García Ramírez<sup>87</sup> cuando expresa:

...si las resoluciones no se cumplen, todo el sistema tutelar internacional entra en crisis. El desprestigio le aguarda: un desprestigio que pudiera contaminar, en cascada, los sistemas nacionales y mellar la cultura de los derechos humanos, penosamente construida. De ahí que, en este punto, más que en otro cualquiera, se manifieste con evidencia la verdadera convicción de los Estados —es decir, de los gobernantes— y su proyecto político...

Para entender el funcionamiento del control de convencionalidad podríamos inferir que la CIDH fija un criterio estándar y el control de convencionalidad deben realizarlo los jueces u órganos administrativos en los casos concretos que se les presenten. Estamos en condiciones de afirmar que es una manera de difundir la jurisprudencia de Corte IDH hacia los estados que ratificaron la CADH.

- Es claro que todas las normas constitucionales o de Derecho interno deben ajustarse a las Convenciones, que han sido ratificadas por el Estado. Tal es el criterio de la CSJN<sup>88</sup> al señalar que:

- ...es elemental, en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o

---

<sup>87</sup> García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IJ-UNAM, 2002, p.156.

<sup>88</sup> Fallo: “*Fernandez Maria Susana C. Direccion General De Cultura Y Educacion S. Pretension Restablecimiento O Reconocimiento De Derechos*” Corte Suprema de Justicia. Fallos 327:3117. Relevado de:

[https://www.google.com.ar/search?q=Fallos+327%3A3117+Corte+suprema+de+justicia&rlz=1C1GGGE\\_esAR595AR595&oq=Fallos+327%3A3117+Corte+suprema+de+justicia&aqs=chrome..69i57.10150j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com.ar/search?q=Fallos+327%3A3117+Corte+suprema+de+justicia&rlz=1C1GGGE_esAR595AR595&oq=Fallos+327%3A3117+Corte+suprema+de+justicia&aqs=chrome..69i57.10150j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8)

no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella (Fallos 327:3117).

De este modo, en el precedente citado, el más alto Tribunal ha afianzado la idea de que a la hora de resolver una causa todo juez está obligado a dar prelación a la Constitución, y a descartar toda norma infra-constitucional que le sea contraria, lo que equivale a sostener que ha de declarar su inconstitucionalidad, aunque sea oficiosamente.

Como hemos venido señalando a lo largo de este trabajo, al niño como a toda persona, le corresponden todos los derechos y las garantías que tanto nuestra Constitución, en los artículos 16, 18 y 19, como los instrumentos internacionales de derechos humanos le reconocen.

Además de la CDN, son aplicables los artículo 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 9, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establecen el piso mínimo de derechos y garantías que deben ser respetados cuando se alegue, acuse o declare culpable a algún niño, niña y/o adolescente de haber infringido la ley penal.

### *3.3 La Propuesta de reforma legislativa*

Como corolario de todo lo investigado afirmamos la necesidad de una reforma legislativa de la Ley 22.278, que se ajuste al respeto de las garantías constitucionales y de los instrumentos internacionales, en particular de la CDN.

Con la incorporación de la Convención de los Derechos del Niño a través del art. 75 inc. 22 que le da jerarquía constitucional a este instrumento, se produce claramente un quiebre en el ordenamiento jurídico interno que no se ajusta a los parámetros internacionales.

Especialmente deberán tenerse en cuenta los artículos 37, 39 y 40 de la CDN se refieren al régimen penal son artículos destinados a fijar políticas operativas dentro de los Estados que aseguren y garanticen los Derechos de los NNA en conflicto con la ley penal.

La CDN separa las políticas tutelares penales de las cuestiones de cuidado, protección y bienestar del niño), se establecen derechos y garantías que no pueden ser dejados de lado por ningún juez de la Nación con el pretexto de que hace falta una ley reglamentaria.

La CDN modifica el sistema imperante tutelar, e impone en sus arts 37, 39 y 40 el sistema protectorio. La Ley 22.278 basada en paradigmas asistencialista o paternalistas ha de caer en desuso. El responsabilizar al Estado no solo de encerrar al niño en conflicto con la ley penal, sino de encerrar al niño que por sus circunstancias de vida pudiera ser peligroso para la sociedad, evidentemente vulnera la Constitución y la CDN.

La CDN se basa en dos parámetros fundamentales en la promoción y protección de los derechos del NNA y en el proyecto de vida de estos.

Es necesario que nuestro ordenamiento excluya algunas penas y medidas como el encerramiento en establecimientos tutelares y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación para los menores de 18 años en conflicto con la ley penal.

Una nueva norma que establezca la privación de libertad como último recurso<sup>89</sup>, y por el periodo más breve posible. Que también consagre el

---

<sup>89</sup> Tal como expresa, Ezequiel Crivelli, “*como todo modelo tutelar de justicia penal juvenil, el “Régimen Penal de la Minoridad” plantea en este tópico un conflicto o contradicción flagrante con el principio de legalidad o taxatividad penal (nullum crimen, nulla poena, sine lege), según el cual debe garantizarse no sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino también que el individuo no será sometido ni por el Estado, ni por los jueces, a penas que no sean previamente establecidas. Ello así, toda vez que habilita la intervención del sistema judicial, mediante la imposición de medidas tutelares o de protección, en el caso de menores que, según la ley 22.278, “se hallan abandonados, faltos de asistencia, en peligro material o moral, o presentan problemas de conducta (art. 1º, último párrafo y art. 2º, último párrafo)”*. Y en este sentido tacha de inconstitucional los mencionados artículos de la ley 22.278.- En este sentido, expresa Crivelli, la jurisprudencia ha declarado la inconstitucionalidad de este precepto en lo que respecta a la posibilidad de disponer provisional o definitivamente de los menores inimputables (art. 1; 2º, 3º y 4º párrafo Ley 22.278), por lo que sólo ha quedado materialmente vigente el primer párrafo del artículo, referido a los límites (mínimos y máximos) de imputabilidad. Crivelli, E. (2008). “Bases para

principio de legalidad, despejando toda duda en el derecho penal acerca de la disposición que posee del menor el juez.

Como sostiene Fellini <sup>90</sup>

...Pero en todo caso, deberá sancionarse una ley adecuada a la situación penal de los menores de edad, y una serie de recomendaciones a los demás poderes para arbitrar políticas sociales, más adecuadas a la Convención que goza de jerarquía constitucional”.

La Ley 22.278 se fundamenta en la protección de la sociedad de ese menor al que tutela como un objeto que puede llegar a ser peligroso, y lo soluciona encerrándolo, y por ende se pone en evidencia la necesidad de su reforma y adecuación en el sentido señalado a lo largo de este trabajo de investigación, garantizándole al menor un trato de promoción y protección de sus derechos que consideren su interés y su proyecto de vida.

---

un nuevo derecho penal juvenil”. La Ley, Suplemento penal y procesal penal agosto de 2008.

<sup>90</sup> Fellini Zulita (1996). *Derecho Penal De Menores*. Editorial Ad Hoc. Bs.As. 1996.

### *Conclusiones parciales*

- El control de constitucionalidad debe ser realizado por los jueces en cada caso particular.
- La Ley 22.278 es inconstitucional por vulnerar los arts 16, 18 y 19 de nuestra carta magna y ser contraria al bloque de Constitucionalidad del artículo 75 inc.22, que jerarquiza a la CDN incumpliendo con esta norma internacional.
- La reforma Constitucional de 1994 encuentra en el artículo 75 inc.22 la forma de crear el denominado “bloque de constitucionalidad” compuesto por once instrumentos de Derechos Humanos, a los cuales dicho artículo les da jerarquía constitucional y que el ordenamiento interno debe respetar en forma inexcusable.
- El “control de convencionalidad”, es el control al que están obligados tanto los jueces como cualquier autoridad administrativa, para determinar si un caso o normativa interna de un Estado se ajusta al Derecho Internacional.
- La Constitución Nacional, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos reconocidos en esta constitución, como las disposiciones contenidas por Comisión IDH y las interpretaciones que realiza la Corte IDH, conforman una matriz jurídica que producen la defensa y la realización de los Derechos fundamentales para toda persona por el solo hecho de ser persona.
- La CDN separa las políticas tutelares penales de las cuestiones de cuidado, protección y bienestar del niño, se establecen derechos y garantías que no pueden ser dejados de lado por ningún juez de la Nación con el pretexto de que hace falta una ley reglamentaria.
- La CDN modifica el sistema imperante tutelar, e impone en sus arts. 37, 39 y 40 el sistema protectorio. La Ley 22.278 basada en paradigmas asistencialista o paternalistas ha de caer en desuso.

## Conclusiones Finales:

- Como conclusión final y respondiendo a la hipótesis planteada podemos concluir que:
  - Ha quedado demostrado que la Convención de los Derechos del Niño provoco un cambio de paradigma tutelar a un paradigma integral, que trata al niño, niña y adolescente como sujeto de derechos, basándose en dos pilares fundamentales que son el interés superior del niño y su proyecto de vida. Se comienza a tratar al niño como un Sujeto de Derechos.
  - Asimismo, la Ley 22.278 basada en un paradigma tutelar es inconstitucional por vulnerar los arts. 16,18, 19 y 75 inc. 22 de la C.N. como lo demuestran los antecedentes normativos, históricos y jurisprudenciales, por su contenido y forma de aplicación. Esta norma dispuso del niño como un “objeto de Derecho” que está a cargo del juez que entiende en la causa sin ajustarse al nuevo paradigma. Esta norma sienta las bases de un sistema penal tutelar en la Argentina previendo tanto para el niño que delinque como para el que se encuentra en situación de abandono el mismo tratamiento, condenándolo a su internación o encarcelación.
  - La Ley 22.278 no supera el “control de convencionalidad” por incumplir con los arts. 37, 39 y 40 de la CDN.
  - Esta norma es inconstitucional por vulnerar las garantías de los arts. 16, 18, 19 y art 75 inc. 22 (bloque de Constitucionalidad) que reconoce a la CDN, entre los 11 instrumentos que enumera con jerarquía constitucional, haciendo que el ordenamiento interno deba respetarlo en forma inexcusable.
  - La normativa de la Provincia de Bs. As. se ajusta a la Constitución y a la Convención de los Derechos del Niño y contradice la normativa Nacional.
  - El Poder Judicial a través de sus jueces es el encargado de ejercer el ‘control de constitucionalidad’ y “el Control de Convencionalidad” en los casos concretos como una forma de reaseguro del respeto de los Derechos Humanos de los menores. El Poder Judicial debe instar a través de sus fallos al Poder Legislativo para que reforme esta Ley ajustándola al

derecho internacional. Cumpliendo el Estado con la Convención que ha ratificado.

- La CDN separa las políticas tutelares penales de las cuestiones de cuidado, protección y bienestar del niño, se establecen derechos y garantías que no pueden ser dejados de lado por ningún juez de la Nación con el pretexto de que hace falta una ley reglamentaria. La CDN modifica el sistema imperante tutelar, e impone en sus arts. 37, 39 y 40 el sistema protectorio. La Ley 22.278 basada en paradigmas asistencialista o paternalistas debe ser reformada conforme al nuevo paradigma.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### *Doctrina*

- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) (2009), “Sistema de Protección y Promoción de los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes del Municipio de Moreno en la Provincia de Buenos Aires”. Recuperado de: <http://acij.org.ar/sistema-de-promocion-y-proteccion-integral-de-derechos-de-ninos-ninas-y-adolescentes-del-municipio-de-moreno/>

- Autores varios (2007), “*Justicia y Derechos del Niño*”, N° 9, UNICEF, Fondo para las Naciones Unidas para la Infancia. Recuperado de: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia\\_y\\_derechos\\_9.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf)
- Autores varios (2008), “*Justicia y Derechos del Niño*”, N° 10, UNICEF, Fondo para las Naciones Unidas para la Infancia. Recuperado de: [https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia\\_y\\_Derecho\\_10\\_finalweb2008\\_arreglado.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_Derecho_10_finalweb2008_arreglado.pdf)
- Axalt, Julian (2012), “Especialidad Derecho Penal Juvenil en la provincia de Buenos Aires”. Recuperado de: [http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120099-axat-especialidad\\_derecho\\_penal\\_juvenil.htm](http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120099-axat-especialidad_derecho_penal_juvenil.htm)
- Barata (2007).UNCba. Sistema Integral de protección y promoción de los derechos del Niño, Niña y Adolescentes. Recorridos y perspectivas del Estado y de la Sociedad civil. Recuperado de:
  - [http://www.fundacionholcim.org.ar/descarga/Publicaciones/2013/Sistemas\\_de\\_proteccion\\_integral\\_de\\_los\\_derechos\\_de\\_los\\_ninos\\_ninas\\_y\\_adolescentes.pdf](http://www.fundacionholcim.org.ar/descarga/Publicaciones/2013/Sistemas_de_proteccion_integral_de_los_derechos_de_los_ninos_ninas_y_adolescentes.pdf)
- Baratta, Alessandro “Criminología crítica y crítica del derecho penal”. Editorial Siglo XXI. México, 1991.
- Barbirotto, Pablo (2016), “Delitos y sanciones especializadas acordes a los estándares internacionales y nacionales en materia de niñez y adolescencia”. Recuperado de:
  - <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/06/doctrina45440.pdf>
- Beloff, Mary (2002), “*Los adolescentes en el sistema penal. Elementos para una discusión necesaria en Argentina*”. (2002) Recuperado de: [http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n6N1-October2005/061Juridica05.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-October2005/061Juridica05.pdf)
- Beloff, Mary “Constitución y Derechos del Niño” Separata de “Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier”. David Baigún et al., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- Beloff, Mary “La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los derechos del Niño en el ámbito interno” en Abregú, Martín y Courtis,

Chrístian (comps.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. CELS/Editores del Puerto. Buenos Aires 1997.

- Bertole Cecilia, Torroba, Esteban (2014), “*El interés superior del niño en la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación*”. Recuperado de: [http://www.academia.edu/29986160/El\\_inter%C3%A9s\\_superior\\_del\\_ni%C3%B1o\\_en\\_la\\_jurisprudencia\\_de\\_la\\_Corte\\_Suprema\\_de\\_Justicia\\_de\\_la\\_Naci%C3%B3n](http://www.academia.edu/29986160/El_inter%C3%A9s_superior_del_ni%C3%B1o_en_la_jurisprudencia_de_la_Corte_Suprema_de_Justicia_de_la_Naci%C3%B3n)
- Bidart Campos, Germán, Moncayo Guillermo, Vanossi, Jorge, Schiffrin, Leopoldo, Travieso, Juan, Pinto, Mónica, Gordillo Agustín, Albanese, Susana, Maier, Julio y otros (2004), “*La aplicación de los Tratados sobre derechos humanos por los Tribunales locales*”, Capítulo 8 Belof, Mary, “*Derechos del Niño*”, p. 638, Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/03/doctrina43060.pdf>
- El Eco de Tandil, “Presentaron la Dirección de Niñez, Adolescencia y Familia del Municipio”. Recuperado de: <http://eleco.com.ar/la-ciudad/presentaron-la-direccion-de-ninez-adolescencia-y-familia-del-municipio/>
- Fanlo Cortés, I.(2007), “*Justicia y Derechos del Niño*”, N° 9, UNICEF, Fondo para las Naciones Unidas para la Infancia. (Pág. 159). [Versión electrónica]. *Revista pensamiento penal*. Recuperado de: [http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc\\_wp/justicia%20 y derechos 9.pdf](http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/justicia%20y_derechos_9.pdf)
- Fellini Zulita. *Derecho Penal De Menores*. Editorial Ad Hoc. Bs.As. 1996.
- García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, IIJ-UNAM, 2002, p.156.
- González del Solar, J. H. (1995). “*Delincuencia y Derecho de Menores*” (Ed.) Bs.As.: Depalma.

- Gonzalez Garcete, J.M.(2016). Sistema de responsabilidad penal para adolescentes infractores (Paraguay). [versión electrónica] *Monografias.com*. Recuperado de: <https://www.monografias.com/trabajos109/sistema-responsabilidad-penal-adolescentes-infractores-paraguay/sistema-responsabilidad-penal-adolescentes-infractores-paraguay5.shtml>
- Manual de Derechos Humanos, del Profesor Santagati, Claudio Jesús, relevado <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Manual-de-Derechos-Humanos-Claudio-Santagati-1.pdf>
- Martinez Vivot, J. J. (1983). *"Volver sobre la punibilidad de los menores. Apropósito de la ley 22.803"*. (Ed.) Bs. As.: La Ley.
- Organismo Provincial de Niñez y Adolescencia. Recuperado de: <http://www.gba.gob.ar/desarrollosocial/subsecretaria>
- Osio, Alejandro Javier (2014), *"El Estado en situación irregular"*, Recuperado de:
  - <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina35849.pdf>
- Santagati, Claudio Jesús, *"Manual de Derechos Humanos"*, Recuperado de:
  - <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Manual-de-Derechos-Humanos-Claudio-Santagati-1.pdf>
- Sarmiento, Domingo F, (1856), "Comentarios a la Constitución" Buenos Aires, Editorial Belin Sarmiento, 1896, Tomo 8, p. 241.
- Sarradell, Laura (2011), *"Niños y jóvenes en conflicto con la ley penal: el nuevo régimen de responsabilidad penal juvenil"*. Recuperado de: <http://www.unicen.edu.ar/content/ni%C3%B1os-y-j%C3%B3venes-en-conflicto-con-la-ley-penal-el-nuevo-r%C3%A9gimen-de-responsabilidad-penal-juve>
- 

### ***Legislación***

- Constitución de la Nación Argentina, sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>
- Declaración de Ginebra. Recuperado de: en <http://xn--derechosdelnio-2nb.com/declaracion-de-ginebra.html>
- Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Declaración Universal de los Derechos del Niño. Recuperado de: <https://www.humanium.org/es/declaracion-1959/>
- Ley 22.278 Regimen Penal del Menor. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=114167>
- <sup>1</sup>Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al procedimiento de comunicaciones. Recuperado de: <https://www.humanium.org/es/protocolo-comunicaciones/>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recuperado de: <https://www.humanium.org/es/derechos-civiles-politicos/>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de: <https://www.humanium.org/es/pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-4/>
- Convención Internacional de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Recuperado de:
  - [https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar\\_insumos\\_MNDerechos.pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_MNDerechos.pdf)
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Protocolo Facultativo sobre la participación de los niños en los conflictos armados. Recuperado de: <https://www.humanium.org/es/facultativo-conflictos-armados-2000/>
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Recuperado de: <https://www.humanium.org/es/facultativo-venta-prostitucion-pornografia/>

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo al procedimiento de comunicaciones. Recuperado de: <https://www.humanium.org/es/protocolo-comunicaciones/>
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, Recuperado de: <https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>
- Ley N° 26.601, publicada en el Boletín Oficial el 26 de Octubre de 2005. Recuperado de:
  - <http://www.trabajo.gba.gov.ar/documentos/legislacion/copreti/ley26061.pdf>
- Ley N° 22.292, publicada en el Boletín Oficial el 2 de Octubre de 1980. Recuperado de:
  - <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do%3Bjsessionid=5CBD8E468EA30714A3266707628CFA9D?id=196666>
- Ley N°13.298, publicada en el Boletín Oficial. Recuperado de: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13298.html>
- Ley N° 13.634, publicada en el Boletín Oficial. Recuperado de: <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-13634.html>

### ***Jurisprudencia***

- SCJ Buenos Aires, "Municipalidad de La Plata contra Ministerio de Desarrollo Social Provincia de Buenos Aires. Conflicto de poderes art. 161 inc. 2° Const. prov." Recuperado de: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tLLCZc6Ax8YJ:www.scba.gov.ar/falloscompl/SCBA/2013/052/b71532.doc+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ar>
- [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap\\_rp\\_rep.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/villagran/esap_rp_rep.pdf)
- Fallo: “*V.A.F, sobre robo agrado en despoblado, robo agravado por el uso de arma en grado de tentativa y portación ilegal de arma de fuego de uso civil en concurso real*” Juzgado de Responsabilidad Penal Juvenil del Departamento Judicial de Azul. (2016)

- Fallo: M. 1022 XXXIX, “M.,D. E s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado”, CSJ rta. 7/12/05
- CSJN, “*Vertbisky, Horacio s/ Habeas Corpus*”, Recuperado de: <http://www.ppn.gov.ar/sites/default/files/CSJN.%20Verbitsky%2003-05-05%20fallo.pdf>
- CSJN, “*M. D. S., R. y otra s/ ordinario s/ nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos*”. Recuperado de: [https://old.csjn.gov.ar/data/relevantes2003\\_2016.pdf](https://old.csjn.gov.ar/data/relevantes2003_2016.pdf)
- CSJN, “*AF, sobre protección de personas*”. Recuperado de: [https://old.csjn.gov.ar/data/relevantes2003\\_2016.pdf](https://old.csjn.gov.ar/data/relevantes2003_2016.pdf)
- CSJN, “*A., C. J. sobre homicidio en ocasión de robo, portación ilegal de arma de fuego de uso civil s/ juicio s/ casación*”, Recuperado de: <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=yrqzmHDnxwUKogvs2AbnJnJ1lLc3Do1AwiXGFD4BQKg%3D&tipoDoc=sentencia&cid=251903>
- CSJN, 07/12/2005. Causa N° 1174C “*Maldonado, Daniel Enrique y otros s/ robo agravado por el uso de armas en concurso real con homicidio calificado*”. Recuperado de: <http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-maldonado-daniel-enrique-otro-robo-agravado-uso-armas-concurso-real-homicidio-calificado-causa-1174-fa05000337-2005-12-07/123456789-733-0005-0ots-eupmocsollaf>
- CSJN G, J. L Fallos 333:1053
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*” del 19 de noviembre de 1999. Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay*”, sentencia del 2 de setiembre de 2004. Recuperado de: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_112\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf)
- CNCC, Cámara de Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, Sala I. Registro N: 1344 - Causa N° 39.520 “*Incidente de Incompetencia en autos: G.F.D. y O. S/ expediente tutelar*”. Juzgado Federal N° 11 – Secretaría N° 21 Buenos Aires, 6 de diciembre de 2006. Recuperado de:

<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:S4QUL4TjausJ:www.villaverde.com.ar/archivos/File/docencia/jornada1-calz-2007/famoso-fallo-anotado.doc+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=ar>

## **AGRADECIMIENTOS**

Este trabajo final de graduación está dedicado a la memoria de mi Padre Raúl Osvaldo Chenlo, a quien prometí en su momento hace veintidós años en la etapa final de su enfermedad que iba a graduarme de abogada, también se lo dedico a mí madre quien me regalo la vida e hizo lo que pudo y más por mí, y a todos los que me acompañan hoy.

Dedico este trabajo a Walter Arias, mi esposo que me acompaño en los últimos años de mi carrera y le agradezco profundamente por el apoyo brindado... porque hoy todos vemos un trabajo final pero en el transcurso de la vida hay un trabajo compartido...y quiero hacer una mención especial a mí tío Ing. Mario Ríos quien me enseñó con el ejemplo de su vida académica que cuando uno tiene un sueño siempre vale la pena cumplirlo, aunque a los ojos de los demás parezca tarde.

Hoy se abre ante mí un nuevo camino, lleno de oportunidades por vivir y que serán bien vividas, porque:

“Uno busca lleno de esperanza el camino que sus sueños prometieron a sus ansias... Sabe que la lucha es cruel y es mucha, pero lucha y se desangra por la fe que lo empecina...”

A todos los que comparten mí vida y mis días gracias por estar acompañándome siempre en este viaje.